

83

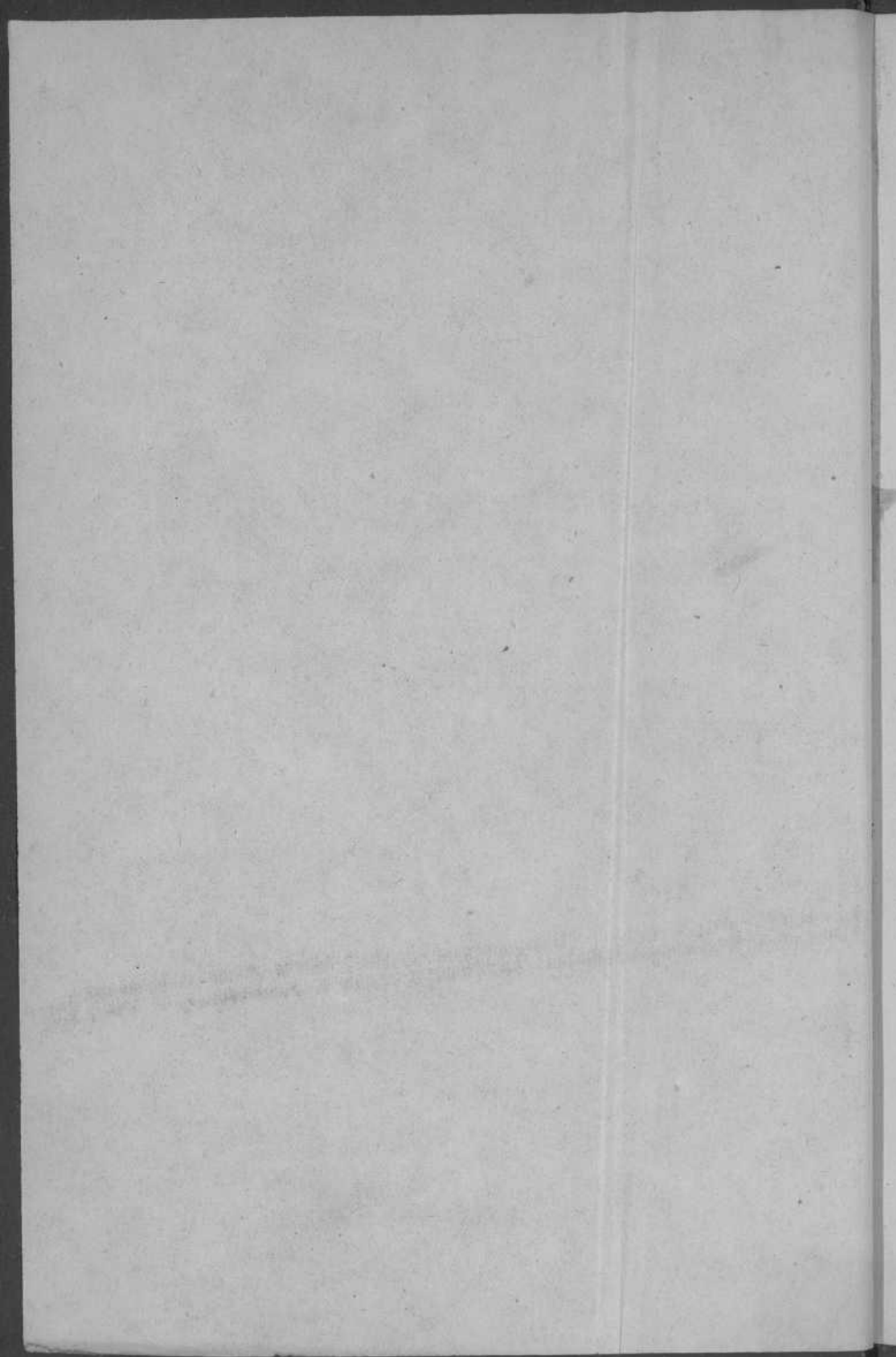
15283

~~15283~~

24-292

15973





LECCIONES ELEMENTALES
DE
HISTORIA Y DE DERECHO CIVIL,
MERCANTIL Y PENAL DE ESPAÑA.



PARTE SEGUNDA
DERECHO CIVIL.

LECCIONES ELEMENTALES

DERECHO CIVIL

CON APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA

HISTORIA Y DE DERECHO CIVIL

DE LA PENAL DE ESPAÑA

DE LA PENAL DE ESPAÑA

DERECHO CIVIL

DERECHO CIVIL

DERECHO CIVIL

92

LECCIONES ELEMENTALES

DE

DERECHO CIVIL,

QUE

CON ABREGLO AL PROGRAMA DE ENSEÑANZA

COMPUSO

EL DR. D. SALVADOR DEL VISO,

Abogado de este Ilustre Colegio

y Catedrático que fué de esta asignatura en la Universidad literaria

y Teniente Vicario general castrense, etc. etc. etc.

TERCERA EDICION ARREGLADA Á LA LEGISLACION VIGENTE

POR UNA SOCIEDAD DE ABOGADOS

DE ESTE ILUSTRE COLEGIO.

TOMO I.

Del derecho de las personas con relacion á su
estado.

VALENCIA: 1868.

Juan Mariana y Sanz, Editor,

Librero de Cámara de S. A. R.

LONIA, 7.



LECCIONES ELEMENTALES

DERECHO CIVIL

Esta obra, declarada de **texto** por el Gobierno, es propiedad de su editor **Sr. Mariana y Sanz**, y para los efectos de la Ley todos los ejemplares llevarán su sello.



IMPRENTA DE JOSÉ DOMENECH, AVELLANAS. 27.

PRÓLOGO DEL EDITOR.

La unánime aprobacion con que ha sido siempre recibida por el público la obra magistral que con el modesto titulo de *Lecciones elementales de Historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, compuso y publicó el eminente Jurisconsulto D. Salvador del Viso; la circunstancia, nada desatendible, de haberse agotado completamente y en un brevisimo plazo la segunda de sus ediciones, y el verla figurar por último entre las designadas por el Gobierno de S. M. para que sirvan de texto en las Universidades en el presente curso académico, han sido motivos mas que suficientes para decidirnos á emprender los trabajos de una nueva publicacion, que, la tercera en orden, es la que hoy nos cabe la honra de poner en manos del público.

No nos detendremos en hacer vanos elogios de esta obra, ni creemos tampoco que necesite de ellos, despues de los hechos que dejamos consignados: permitasenos, sin embargo, decir, que la edicion presente tiene sobre las anteriores la ventaja inmensa de hallarse en un todo ajustada á nuestra legislacion actual.

Y en efecto, las importantes modificaciones que á consecuencia de las *leyes de 20 de Junio de 1862*

y 25 Junio de 1867, había experimentado en algunos puntos nuestro derecho civil, unidas á las graves y trascendentales reformas introducidas por la *Hipotecaria*, estaban reclamando imperiosamente dicha mejora.

Por ello, al preparar esta tercera edicion, sin reparar en gasto alguno, y deseando tan solo que reuniese las condiciones mas á propósito para la enseñanza, la pusimos en manos de personas competentes, para que con sujecion estricta al plan seguido por el autor, sustituyeran en sus lugares respectivos con las nuevas prescripciones legales, las disposiciones del antiguo derecho.

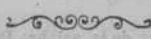
Terminados ya estos trabajos, creemos haber conseguido aquel objeto y además dar á toda la obra interés de actualidad en materia de Legislacion.

Finalmente, juzgamos á la vez haber prestado un gran servicio á los escolares que se dedican al estudio de la ciencia legal; puesto que ahorrándoles el trabajo de tener que recurrir á cada paso á las nuevas leyes para apreciar las variantes introducidas, hemos hecho porque se consignaran estas como doctrina en el texto, sin perjuicio de citar los artículos de aquellas referentes á la materia.

Facilitar á los que se dedican á la carrera del foro el estudio de nuestro derecho han sido nuestras aspiraciones; si lo hemos conseguido, habrán quedado suficientemente recompensados nuestros esfuerzos.

PARTE SEGUNDA.

DEL DERECHO CIVIL DE ESPAÑA.



LECCION PRIMERA.

PRELIMINARES AL DERECHO ESPAÑOL.

Resúmen.

§. I. Introduccion al estudio del Derecho español.—§. II. Acepcciones de la palabra *Derecho*.—§. III. Su definicion y especies en que se divide.—§. IV. Necesidad de saber sus leyes.—§. V. Fin á que ellas se dirigen.—§. VI. Principios que sirven de base para su conocimiento.—§. VII. Ciencia que las esplica.—§. VIII. Partes que contiene esta, y observaciones sobre cada una de ellas.

§. I.

Introduccion al estudio del Derecho español.

El estudio histórico del Derecho español nos ha suministrado una noticia de las principales vicisitudes políticas que ha experimentado la España desde que los romanos empezaron á dominar en ella, y como consecuencia de estas vicisitudes los cambios que ha sufrido su legislacion. De esta nos consta por los diferentes Códigos y colecciones que se han publicado hasta el presente, y su conocimiento, así como el de las reglas para su recta interpretacion y aplicacion, completa el fin de la ju-

risprudencia, al cual podremos llegar fácilmente, si reducimos á cierto método el exámen de las leyes contenidas en dichos Códigos y colecciones, y cuyo conjunto forma lo que llamamos *Derecho español*.

Mas antes de entrar en el exámen de estas leyes, á cuyo conjunto hemos llamado *derecho*, parece muy propio que se manifieste la razon de esta particular denominacion, por ser varias las significaciones que la palabra *derecho* comprende.

§. II.

Acepciones de la palabra Derecho.

Entre las varias acepciones en que se toma la palabra *derecho*, segun el Diccionario de nuestra lengua, las mas principales á nuestro objeto, son: las de espresarse con ella, ó *el conjunto ó coleccion de leyes, ó la facultad ó accion que estas conceden*. En el primer caso consideramos al derecho como causa; en el segundo como efecto. Asi, por ejemplo, cuando nos fijamos únicamente en lo que prescribe el derecho en cualquiera de sus leyes, y decimos: *Asi lo dispone el derecho, etc.*, entonces tomamos esta palabra *derecho* como causa de una facultad ó poder que se concede ó de una obligacion que se impone; mas cuando en uso de este poder ó facultad, aquel á quien interesa reclama la aplicacion de la ley en un caso determinado, la palabra *derecho*, con que espresamos la accion que tiene esta persona para hacer ú obligar á otro á que haga, la consideraremos como un efecto de aquella misma ley cuya aplicacion se ha reclamado.

Nuestro estudio va dirigido á saber cuáles son las disposiciones que contienen las leyes; y por lo mismo la acepcion en que tomamos la palabra *derecho* es aquella por la que se designa la ley, ó el conjunto de las que se establecen para el buen orden de la sociedad.

Como estas no son unas mismas para todas las naciones, por regirse cada una de ellas por su derecho particular, el orden pide que despues de manifestada la acepcion en que tomamos la palabra *derecho*, se dé á continuacion una idea de las diferentes clases de leyes de que se compone el que rige

en nuestra nacion; lo cual podrá comprenderse fácilmente con solo dar su definicion en general y la de cada una de las clases en que se divide.

§. III.

Qué es Derecho español, y cuáles son las clases en que se divide.

Si el derecho civil, como dice Justiniano, toma su nombre del de la nacion para la cual se constituye, desde luego podremos definir el derecho español, diciendo que es *el que la nacion española ha constituido para su gobierno*; ó mas determinadamente, *el conjunto de leyes, usos y costumbres que rigen en España, tanto para atender á la administracion de los intereses generales del Estado, como para determinar la estension y egercicio de los derechos de cada uno de sus individuos.*

Este derecho, ó tiene por objeto el mantenimiento de las relaciones é intereses que la España tiene con las demás naciones, ó solo se dirige al gobierno interior de nuestra nacion. El conjunto de leyes que se refieren al primer objeto, se llamará *Derecho público exterior ó internacional*: el de las que se dirigen al gobierno interior, *Derecho pátrio ó Real.*

Concretándonos á este último miembro, todavía es susceptible el *derecho* de otras divisiones. Así que lo dividiremos primero en *público* y *privado*, entendiendo por *Derecho público* el conjunto de leyes que tienen por objeto la utilidad comun de la nacion española, y por *Derecho privado* el que se dirige á procurar la utilidad de cada uno de sus individuos en particular. En uno y otro derecho pueden hacerse otras divisiones; para cuya inteligencia las presentaremos con separacion.

Empezando por el *Derecho público español*, este se divide en *político ó constitucional*, en *administrativo*, y segun la mayor parte de los publicistas, en *penal ó criminal.*

Derecho político es *el conjunto de leyes que determinan la clase de gobierno que ha de regir en la nacion, señalando la estension y límites de cada uno de los poderes constituidos.* Tal es en España el contenido en la Constitucion

sancionada por S. M. en 23 de Mayo de 1845, y restablecida por Real decreto de 15 de Setiembre de 1856; de la cual presentamos un extracto en la lección décimanona de la primera parte de esta obra.

DERECHO ADMINISTRATIVO es el conjunto de leyes que fijan las atribuciones de las autoridades y corporaciones establecidas en la Constitucion, y atienden á las personas y bienes de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, haciéndolos concurrir al bien comun ó á los objetos de interés general.

Este derecho le constituyen: la ley electoral para el nombramiento de diputados á Cortes; las leyes relativas á la organizacion y atribuciones de las autoridades y corporaciones que intervienen en la administracion del Estado, tanto la central como la provincial y municipal; las que se refieren á la conservacion del orden público, como son aquellas por las que se inculca el respeto á las autoridades, y el cumplimiento de los deberes cívicos, religiosos y morales; las que se dirigen á la pública prosperidad, fomentando la agricultura, comercio, y las artes é industria; las relativas á la instruccion, beneficencia y establecimientos penales; y últimamente, las que tienen por objeto la salubridad pública.

De este derecho no se ha formado ningun Código particular por las variaciones á que continuamente están espuestas sus leyes; debiéndose consultar á la Coleccion legislativa para saberse sus disposiciones, como igualmente á la doctrina de los autores que han escrito sobre esta materia.

DERECHO PENAL es el conjunto de leyes que tienen por objeto el mantenimiento de la tranquilidad pública y la seguridad individual, por medio de la represion de los delitos; ó mas claramente, el conjunto de leyes que definen los delitos y señalan las penas con que han de castigarse. Este derecho con respecto á los delitos llamados comunes, se halla contenido en el Código penal, reformado en 30 de Junio de 1850; y con respecto á los delitos especiales de que trata el art. 7.º, en las leyes que sobre su penalidad se hayan publicado y estén vigentes, como podrán verse en la cuarta parte de nuestra obra.

Si del derecho público español pasamos al derecho privado,

este le dividiremos en *comun ó general*, y en *especial ó particular*. Se llama DERECHO COMUN el conjunto de leyes civiles por las que generalmente se gobiernan los españoles en los negocios relativos á los intereses de cada uno de los particulares; y DERECHO ESPECIAL el conjunto de leyes por las que se rigen los individuos de una localidad determinada, ó se deciden cierta clase de negocios que no pueden resolverse por las leyes del derecho comun.

Segun aparece de la definicion del *Derecho especial*, este se constituye, ó por razon á una localidad determinada, ó por razon á la naturaleza de los negocios, y á la dignidad, estado ó profesion de las personas. A la primera clase pertenece el *Derecho municipal*, y á la segunda el *Derecho canónico*, el *mercantil* y el *militar*.

DERECHO MUNICIPAL es el conjunto de leyes, pragmáticas, fueros y costumbres con que se gobierna algun pueblo, ciudad ó provincia. Se halla contenido en los Fueros municipales y provinciales, de los cuales hemos tratado en las lecciones 9, 10 y 11 de nuestra primera parte.

DERECHO CANÓNICO es el conjunto de las reglas establecidas por la Iglesia sobre puntos de fé, costumbres y disciplina eclesiástica. Está comprendido: 1.º, en el Cuerpo del derecho canónico, que contiene seis colecciones, á saber: el Decreto de Graciano; las Decretales de Gregorio IX; el Sexto de las decretales; las Clementinas; las Estravagantes de Juan XXII, y las Estravagantes comunes; y 2.º, en los cánones del Concilio de Trento; Bulas de los Sumos Pontífices; Decretos de las Congregaciones de Cardenales; Reglas de la Cancelaría, y Concordatos entre los príncipes y la Santa Sede. Esta segunda parte constituye el derecho novísimo canónico; la primera el derecho nuevo ó comun.

DERECHO MERCANTIL es el conjunto de leyes relativas á la validez de las negociaciones mercantiles y á los efectos que de ellas resultan. Se halla contenido en el Código de comercio publicado en 30 de Mayo de 1829 y en la ley de Enjuiciamiento de 24 de Julio de 1830, y del cual tratamos en la tercera parte de nuestra obra.

Finalmente, para los militares y matriculados y empleados en la marina rige un *Derecho especial*, el cual se halla conte-

nido en las Ordenanzas generales del ejército, y en las especiales de la Armada, Ingenieros, Artillería, y en otras varias leyes y reglamentos publicados hasta el presente, para cuyo conocimiento, así en la parte profana como en la espiritual castrense, puede servir la obra publicada por D. Alejandro Baccardi, titulada *Nuevo Colon, ó Tratado del derecho militar de España*.

De todas estas especies de derecho, solo sirve á nuestro objeto el llamado *comun ó civil privado*, que es *el conjunto de leyes que se dirigen á determinar los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de su vida privada*. Las leyes que ordenan el estado de familia; las que establecen el modo de adquirir la propiedad; las que rigen los testamentos, sucesiones y contratos, son en compendio las que se refieren á este derecho, el cual se halla contenido en los diferentes Códigos que se han publicado en España, y muy particularmente en las Partidas 4.^a, 5.^a y 6.^a, y lib. x, de la Novis. Recop., en donde encontraremos casi todas las disposiciones que regulan estas materias, cuyo conocimiento, aunque interesa en gran manera á todos, es necesario además en cierta clase de personas, como se hará ver en el párrafo siguiente.

§. IV.

Necesidad del conocimiento de las leyes.

La ley 1.^a, tit. xv, Partida 1.^a, dispone que *todos aquellos que son del Señorío del facedor de las leyes, son tenudos de las obedescer é guardar*; y como esto no pueda conseguirse sin que se tenga antes conocimiento de las mismas, resulta suficientemente demostrada la necesidad de saberse las leyes para que se puedan estas observar.

No es decir con esto que hayan de hacer los particulares un estudio especial de las leyes para saber cómo han de dirigir sus negocios. Aun supuesta en todos los hombres la necesidad de saberlas, lo cual se deduce bien claramente de la ley citada, y lo confirma además el objeto que se propone el legislador con su publicación, hay otros medios de poderse adquirir su conocimiento, si no en conjunto, al menos para los

casos en que mas de cerca pueda interesar por razon de los actos civiles relativos al estado y negocios de cada uno; y estos medios son, ó el de no proceder á ningun acto civil sin consultar con las personas peritas en el derecho, ó el de adquirir un tratado metódico que contenga en resúmen los deberes y derechos de los hombres en sus relaciones para con los demás.

Tal ha sido nuestro pensamiento al hacer estensiva á todos la necesidad de saber las leyes, el cual, si lo hemos emitido con la estension que aparece, lo ha sido para inferir que si tan necesario es en todos el conocimiento de las leyes para el buen desempeño de sus deberes y ejercicio de sus derechos, con mucha mayor razon lo deberá ser en cierta clase de personas, como son los jueces, abogados, profesores de jurisprudencia, y cuantos tienen á su cargo el gobierno de los pueblos.

Así lo espresó terminantemente la ley 15, tit. II, lib. III de la Novis. Recop., y lo confirman otras muchas que posteriormente se han dado con el mismo fin, de las cuales forman parte los diferentes planes de enseñanza publicados hasta el presente, en donde encontraremos reglamentados los estudios jurídicos para que pueda fácilmente conseguirse su objeto.

Esto mismo convencen las demás leyes que establecen la regla de conducta que han de observar los jueces para fallar los pleitos, pues estando mandado que los pleitos se sentencien por las leyes de España y no por otras, segun consta por la ley 6.^a, tit. IV, Part. 3.^a y 4.^a y 2.^a de Toro, se deja conocer desde luego la necesidad que en especial tienen las referidas personas de saber las leyes para poderlas aplicar.

Finalmente, cuando no tuviéramos tantos documentos en confirmacion de esta doctrina, bastaria considerar cuál es el fin del derecho, para persuadirnos de la necesidad que tienen todos de su conocimiento.

§. V.

Fin del derecho.

El fin del derecho es dar á cada uno lo que es suyo, y como esto sea un atributo de la justicia, la justicia, pues, será el fin del derecho.

Esta la definió el rey D. Alfonso el Sábio en la ley 1.^a, título 1, Part. 3.^a, diciendo que es: *Raigada virtud que dura siempre en los corazones de los hombres, é dá, é comparte á cada uno su derecho*. Mas como esta definicion lo es de la justicia como virtud, y á ella no se refiere principalmente el derecho civil, segun aquel principio de que *nadie en el foro sufre pena por sus pensamientos*, debemos mas bien definirla, diciendo que es: *la atemperacion ó conformidad de las acciones esternas con la ley, en virtud de la cual no se daña á nadie, y se dá á cada uno lo que es suyo*.

Una y otra definicion convienen con el objeto de la justicia; pero como los medios para llegar á él son diferentes en cada una de ellas, bastará para conseguir el fin social la justicia en este segundo sentido, si bien deberá cooperar el legislador al egercicio de la justicia como virtud, por todos los medios posibles y permitidos.

Los autores dividen la justicia en *conmutativa* y *distributiva*, y en *espletriz* y *atributriz*. La conmutativa tiene por objeto hacer que se guarde una entera igualdad en los actos civiles, como sucede por ejemplo en los contratos, en que no entrando para nada la consideracion de la persona, solo se fija en el valor de las cosas. La distributiva por el contrario, para egercerse atiende al mérito y calidad de las personas, y segun esta consideracion reparte los premios, é impone las penas que sean correspondientes.

La *espletriz* es *la que dá á cada uno lo que se le debe en fuerza de la ley*; y la *atributriz* *la que dá lo que se le debe por gratitud, humanidad, ú otra razon semejante*.

Las tres primeras clases están bajo el dominio de la ley, y por lo mismo pertenece á esta el hacer que se observen debidamente en la sociedad: la última la reclama la virtud ó la moral, y de aquí el depender únicamente su egecucion ó egercicio de la probidad de las personas.

Siendo, pues, el fin de las leyes ó del derecho hacer que se observe la justicia en la sociedad en los términos espresados, sus preceptos deberán todos ir encaminados á este objeto, los cuales, aunque no pueden menos de ser muchos y variados, sin embargo, como todos convienen en la causa que los produce y determina, será muy conveniente que se espresen esta,

á fin de que á todos conste evidentemente cuáles son los principios á que hayan de atenerse para cumplir con la justicia social, ó sea con el fin del derecho.

§. VI.

Principios que sirven de base para cumplir con el fin del derecho.

A tres principios reduce la ley 3.^a, tit. 1, Part. 3.^a, la causa determinante del derecho, á saber: 1.^o *que el hombre viva honestamente*; 2.^o, *que no haga mal á nadie*; 3.^o, *que dé á cada uno lo que es suyo*. Del primer principio nace cierta clase de deberes, que los jurisconsultos llaman *imperfectos*, porque á su infraccion no acompaña en el orden civil una sancion penal; al contrario de los deberes que nacen de los otros dos principios, los cuales se llaman *perfectos*, porque su infraccion es castigada por la ley, ó tambien porque se nos puede obligar á su observancia por medio de la coaccion ó de la fuerza de que puede disponer la pública autoridad.

Cumpliendo con estos deberes será el hombre justo en la sociedad, pero como á primera vista no pueden todos comprenderse, en razon de ser varias y en gran número las leyes que los determinan, ha sido preciso que los hombres de mayor ingenio se dedicaran á cultivar los principios y reglas que prescribe el derecho, formando una ciencia en la que, sentados ciertos axiomas indubitables de equidad, pudieran comprenderse fácilmente estas reglas, y resolverse las dudas que algunas de ellas pudieran ofrecer en su aplicacion.

La ciencia que enseña estos principios y reglas se llama *Jurisprudencia*, cuya naturaleza y partes que abraza explicaremos á continuacion.

§. VII.

¿Qué es Jurisprudencia?

La Jurisprudencia la definió Justiniano en breves palabras, diciendo que es *la ciencia del derecho, ó el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo*

injusto: de modo que segun esta definicion, la Jurisprudencia no solamente consiste en el conocimiento de las leyes, usos y costumbres de una nacion, sino que además exige una noticia general de todas las cosas sagradas y profanas á que puedan aplicarse las reglas de la justicia.

Nosotros la hemos definido ya en la leccion 1.^a de la parte primera de nuestra obra, diciendo que es *la ciencia de las leyes unida al hábito práctico de interpretarlas rectamente, y de aplicarlas con oportunidad á los diferentes negocios que ocurren en la sociedad*; cuya definicion nos parece la mas propia que puede darse, tanto por comprenderse en ella la idea de la que dió Justiniano, como por espresarse además la razon para conocer que la Jurisprudencia no es solo una ciencia teórica, sino que lo es tambien práctica ó de aplicacion.

A las veces damos tambien el nombre de *Jurisprudencia* á los principios que en materia de derecho rigen en cada pais ó en cada tribunal, ó á la série de juicios ó de sentencias uniformes que forman ya una regla para la inteligencia de algun punto de derecho; pero en este lugar la tomamos en el sentido en que se ha definido, ora la consideremos con relacion al derecho civil, en cuyo caso se llamará *Jurisprudencia civil*, ora la consideremos con relacion á los demás derechos, como el eclesiástico, mercantil, militar, etc., en cuyo caso tomará los nombres de cada uno de los derechos á que se refiere.

Mas cualquiera que sea el derecho á que se refiera, el objeto de la Jurisprudencia es el mismo en todos ellos que el espresado en la definicion general, y del cual podremos venir en conocimiento esplicando cada una de las partes que contiene.

§. VIII.

Partes que abraza la Jurisprudencia, y observaciones sobre cada una de ellas.

Tres son las partes que abraza la Jurisprudencia, segun la definicion ya indicada, á saber: 1.^a, *la ciencia de las leyes*: 2.^a, *su interpretacion en caso de duda*: 3.^a, *su aplicacion*.

Ciencia.

Es la ciencia de las leyes la primera parte de la Jurisprudencia, porque mal podrá interpretarse y aplicarse lo que todavía no se conoce. La ley la supone en todos aquellos que reunieren los requisitos que previenen los Reglamentos de estudios; y los que el actual Reglamento prescribe, son: haber cursado siete años de Jurisprudencia, y recibido el grado de licenciado en esta facultad.

Interpretacion.

La otra parte de la Jurisprudencia es la interpretacion, de la cual necesita la ley como de un auxiliar muy eficaz para poderse rectamente aplicar: *cá saber las leyes*, como dice la ley 13, tít. 1, Part. 1.^a, *no es tan solamente en aprender et decorar las letras de ellas, mas en saber el su verdadero nentendimieto*. Esta necesidad de la interpretacion ha sido reconocida por los sábios de todos los países y tiempos, convencidos sin duda de que la perfeccion de las leyes humanas que la pudiera escusar es un ente ideal é imaginario, y que las leyes mas claras y sencillas no lo son sino en su enunciacion, mas no en su aplicacion, como lo demuestran las modificaciones y frecuentes declaraciones hechas posteriormente, aun en las redactadas con la mayor sencillez y esmero.

Esto supuesto, se entiende por interpretacion *la conveniente aclaracion del testo de la ley para conocer su verdadero sentido*, ó sea *el modo de explicar bien é derechamente las leyes segun la letra de ellas y la razon*, como espresó la ley 13, tít. 1, Part. 1.^a

Segun esta última definicion, dos son las reglas principales que deben servir de norma para una recta interpretacion, á saber: 1.^a, la de haberse de estar á lo que espresa la letra de la ley en su significacion propia, á no constar que el legislador le dió otro sentido; y 2.^a, haber de consultar á lo que dicte la recta razon; la cual nos sugerirá varios medios para llegar á comprender en caso de duda lo que quiso espresar el legislador.

De estos medios presentan los autores varios egemplos; pero los principales son los siguientes: 1.^o, atender á las creen-

cias y opiniones de la época en que se dió la ley, y á las exposiciones ó motivos incluidos en su preámbulo, si lo tuviere: 2.º, ampliar lo que se considere como favorable, y restringir lo que fuere odioso: 3.º, conceder lo menos á quien se le permite lo mas, y negar lo mas á quien se le prohíbe lo menos, siempre que se refieran á actos de una misma clase ó no digan relacion á distintos tiempos, que por esta razon seria defectuosa la interpretacion, si por permitirse á un menor disponer de todos sus bienes por testamento, quisiéramos estender esta facultad á que pudiera disponer de parte de ellos por contrato.

Otros varios medios proponen los autores, que omitimos por razon á la brevedad, y porque creemos que los propuestos son suficientes para comprender en caso de duda el espíritu ó intencion del legislador.

Las leyes de Partidas solo conceden á este la facultad de declarar las leyes dudosas, segun consta por la ley 14, tit. 1, Partida 1.ª, que dice así: *Seýendo dudosas las leyes:: el facer entender la verdad de ellas non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo, ó por otro que sea en su lugar que haya poder de las facer de nuevo, ó guardar aquellas fechas*; pero como esplicando estas palabras Gregorio Lopez dice sobre ellas que esto se entiende quando la interpretacion haya de ser de general observancia, y no quando carezca de esta cualidad, inferimos que tambien compete á otros que al legislador la facultad de interpretar las leyes; y por consiguiente, el haber de admitirse en nuestro derecho las mismas clases de interpretacion que en el derecho romano se hallan admitidas y esplican sus comentadores.

Con arreglo, pues, á esta doctrina, puede proceder la interpretacion, ó del legislador, ó del uso, ó de los jurisconsultos, dándose lugar con ello á dividirla en tres clases, á saber: en *auténtica*, que es la que hace el legislador; en *usual*, que es la que se funda en el uso y práctica de los tribunales; y en *doctrinal*, que es la que hacen los jurisconsultos. Algunos distinguen la *usual* de otra que llaman *jurídica*, admitiendo por lo mismo cuatro clases de interpretacion.

Como quiera que sea, no es una misma la fuerza de cada una de ellas, pues la *auténtica* forma regla general; que de

aquí viene el no admitirla algunos entre las clases de interpretación, por considerarla mas bien como una nueva ley: como si pudiéramos prescindir de la causa que la motiva, que no es otra sino la necesidad de haberse de hacer alguna aclaracion en la ley ya existente, en vista de las dudas que ofrece su aplicacion. La *usual* tiene tambien fuerza legal cuando ha llegado á formar una jurisprudencia consuetudinaria, sin que por ello dejen todos de reconocerla como una de las especies de interpretación. Finalmente, la *doctrinal* no tiene mas fuerza que la que le dan las razones en que se apoya.

Por estas tres clases de interpretación, ó se amplía la ley á casos que sus palabras no espresaron, ó se excluyen por equidad algunos que parecian incluidos en ella, ó finalmente, se esplican de un modo adecuado las palabras de la ley, dejándola en los mismos términos en que se halla concebida. En el primer caso la interpretación se llamará *extensiva*; en el segundo *restrictiva*, y en el último *declarativa*.

Algunos son de parecer que estos tres sentidos en que puede hacerse la interpretación conviene solo á la *doctrinal*; pero á nosotros nos parece que tambien se estienden á las otras dos clases, por ser este el objeto ó fin de la interpretación, cualquiera que sea el origen de que proceda.

Aplicacion de la ley.

No basta el conocimiento en general de las leyes y el de las reglas para proceder en caso de duda á su interpretación; sino que es necesario además que aquel que se dedique á la carrera del foro conozca los medios que las leyes han establecido para hacerse debidamente su aplicacion. Esta, aunque directamente se halla encargada á los magistrados y Jueces cuando se trata de negocios civiles-contenciosos y criminales, no por esto hemos de inferir que solo ellos son los que intervienen en la aplicacion de las leyes.

Antes que se llegue á esta se han de discutir las cuestiones sobre la validez de los derechos que se reclamen, ó se ha de examinar la certeza de los hechos que están sujetos á la accion de la justicia, y por lo mismo se hace preciso que las personas peritas en el derecho ilustren el ánimo del juez, á fin de que pueda este pronunciar el fallo que corresponda.

Para que se consiga este objeto sirven las leyes llamadas de *procedimientos*, que son aquellas que establecen los trámites que han de seguirse en los tribunales para aplicar las disposiciones del derecho civil y criminal.

Estas se dividen en dos clases, á saber: unas que prescriben el modo cómo han de decidirse los pleitos que se susciten entre los ciudadanos, ó tambien aquellos negocios en que no obstante de no haber en ellos ni oposicion, ni perjuicio de tercero, es de absoluta necesidad la autorizacion del juez, como sucede en el nombramiento de tutor, enagenacion de una finca de menor y otros semejantes, y á estas leyes damos el nombre de *procedimientos civiles*; y otras que determinan los trámites que han de seguirse para la averiguacion y persecucion de los delitos, y á estas las llamamos *leyes de procedimientos criminales*.

Las primeras se hallan actualmente contenidas en la *ley de Enjuiciamiento civil* publicada en 5 de Octubre de 1855, la cual empezó á regir como obligatoria en 1.º de Enero de 1856. De las segundas no existe todavía una coleccion especial que las contenga, y por lo mismo deberán consultarse las disposiciones que se encuentren vigentes de nuestros antiguos Códigos; el tit. v de la Constitucion de 1812; el reglamento provisional para la administracion de justicia de 26 de Setiembre de 1835; y últimamente, además de otras leyes, decretos y Reales órdenes posteriores, la ley provisional reformada, en la que se prescriben varias reglas para la aplicacion de las disposiciones contenidas en el Código penal, la cual se halla inserta al final del mismo.

El conocimiento de esta clase de leyes completará el fin de la Jurisprudencia, que no es otro, segun se indicó en la introduccion á esta leccion, sino el dar reglas para que despues de sabida la ley pueda procederse á su recta aplicacion.

Tal es, en breves palabras, la naturaleza y objeto de la Jurisprudencia, cuya esplicacion servirá igualmente para la inteligencia de las leyes contenidas en el nuevo Código civil, por no aparecer en el proyecto que ha visto ya la luz pública ninguna doctrina en contrario.

Solo falta que se den á conocer las reglas que la Jurisprudencia propone para llegar á conseguir su fin, las cuales, como

todas ellas han de estar fundadas en los elementos constitutivos del derecho, y estos, segun la definicion que hemos dado del *Derecho español*, son las leyes, y los usos y costumbres que se observan en nuestra nacion, el órden pide que examinemos en general la naturaleza de estos dos elementos ó partes del *Derecho*; lo cual será objeto de la siguiente leccion.

LECCION SEGUNDA.

DE LOS ELEMENTOS DE QUE SE COMPONE EL
DERECHO PRIVADO O CIVIL DE ESPAÑA.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Orígen y objeto de las leyes positivas humanas, y su naturaleza.—§. III. A quién compete en España el poder legislativo, cómo se ejerce y cuáles son sus atribuciones.—§. IV. Cualidades de las leyes.—§. V. Necesidad de su promulgacion y modo de hacerse.—§. VI. Efectos que producen inmediatamente á su publicacion.—§. VII. Cómo pierden las leyes su fuerza obligatoria.—§. VIII. Naturaleza de la costumbre y sus efectos.—§. IX. Reglas acerca del uso que debe hacerse de las fuentes del derecho.

§. I.

Razon del método.

Aun cuando por la leccion anterior hemos visto que el derecho español se compone de diversas clases de leyes, á nuestro objeto solo incumbe, segun se ha dicho, el exámen de aquellas que se refieren á determinar los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de su vida privada. El nombre con que se califica esta parte de la legislacion española es el de *Derecho civil privado*, cuyos elementos son las leyes que dicen relacion con estos objetos, y los usos que las mismas confirman ó aprueban.

Sobre estos dos elementos ó partes de que viene á formarse el derecho español, rigen ciertas disposiciones generales que, además de estar relacionadas con toda la legislacion, sirven como de principios que regulan el modo de aplicarlas.

Interesa, pues, que se examinen las referidas disposiciones, lo cual procuraremos desempeñar en la presente leccion, en la que, empezando por el primer elemento del derecho, que es la

ley, manifestaremos ante todo el origen y objeto de las leyes positivas humanas, dando de ellas la competente definicion.

§. II.

Origen y objeto de las leyes positivas humanas, y su definicion.

Reconocida por todos los hombres la necesidad de la sociedad, y no pudiendo esta conservarse sin una buena organizacion, se hace preciso que por parte de aquel que ejerza la suprema potestad se determinen los derechos y obligaciones de cada uno de los asociados, á fin de que, sabiendo cada cual á qué deba atenerse, no perjudique á los demás alterando el orden social.

Las determinaciones que se tomaren con este objeto serán otros tantos preceptos ó reglas á que deben someterse los que viven en sociedad; y como no son otra cosa las leyes relativamente al cuerpo social sino reglas á que deben los súbditos acomodar sus acciones, resulta bastantemente demostrado cuál sea el origen y objeto de las leyes en general. Veamos ya cuál es su definicion.

La ley 4.^a, tit. 1, Part. 4.^a, derivando la palabra *ley* de la latina *legendo*, en cuanto significa leer, la define diciendo que es *leyenda en que yace enseñamiento ó castigo, é escrito que liga é apremia la vida del home que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe facer y usar*.

Mas como esta definicion de la ley es mas filosófica que jurídica, nos parece que estará mejor definida para nuestro objeto, segun los principios arriba sentados, diciendo que es *una regla de conducta establecida por el poder legislativo, á la que deben los súbditos acomodar sus acciones relativas al orden social*; cuya definicion tiene además la ventaja de poder aplicarse á todo sistema de gobierno, aun cuando no sea en todos los Estados ó Imperios uno mismo el sugeto de este poder ó la persona que lo ejerce.

2. III.

A quién compete en España el poder legislativo, cómo se ejerce, y cuáles son sus atribuciones.

Segun las doctrinas consignadas en las lecciones 4.^a y 8.^a de la primera parte de nuestra obra, corroboradas con diferentes datos históricos, la facultad de hacer ó dar leyes residió en el Rey desde la fundacion de nuestra Monarquía, como lo confirma además la ley 12, tít. 1, Partida 1.^a, y con la cual concuerda la ley 3.^a, tít. II, libro III de la Novis. Recop.

Mas en la actualidad reside este poder en las Córtes con el Rey, segun el art. 12 de la Constitución de 1845, cuyo principio aparece consignado por primera vez en la Constitución de 1812, habiéndolo adoptado igualmente la de 1837.

Para su ejercicio se halla establecido, que tanto el Rey como cada uno de los dos cuerpos colegisladores tengan la iniciativa de las leyes, las cuales, discutidas y aprobadas por las Córtes, han de presentarse al Rey para su sancion y promulgacion, segun previenen los artículos 35 y 44 de la actual Constitución.

Nada mas se establece en esta acerca de las atribuciones del poder legislativo; pero como inherentes á este poder deben considerarse las facultades de interpretar, derogar y dispensar las leyes, si bien en cuanto á esta última parte debemos advertir que solo al Rey, sin el concurso de las Córtes, corresponde el conceder dispensas de ley, siempre que se trate de alguno de los casos comprendidos en el número de las *gracias al sacar*, segun así se halla establecido en la ley de 14 de Abril de 1838.

Mas aun quando la facultad de hacer ó dar leyes sea solo propia del poder legislativo, el espedir *Ordenes, Instrucciones, Reglamentos* y *Decretos* compete únicamente al Rey ó al poder ejecutivo, segun el art. 45 de la Constitución; cuyas disposiciones, aunque distintas en sus fórmulas, y autorizadas algunas de ellas con la rúbrica de S. M., atendida la entidad del negocio por que se espiden, tienen las de observancia general tanta fuerza como las leyes, y forman del mismo modo que estas, parte del derecho escrito español.

Uno y otro poder, á saber, el legislativo y egecutivo, deberán procurar que *todos sus mandamientos sean leales y derechos*, como dice la ley 4.^a, tit. 1, Partida 1.^a, ó que reunan las cualidades que, aunque dirigidas únicamente á las leyes, como espresaremos á continuacion, deben entenderse tambien de la otra clase de disposiciones.

§. IV.

Cualidades de las leyes.

La ley 1.^a, tit. II, lib. III de la Novis. Recop., reúne en pocas palabras lo que las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas y Nueva Recopilacion espresaron acerca de las cualidades de las leyes, las cuales, para su mas fácil inteligencia, pueden reducirse á las tres siguientes: 1.^a, *Ser justas*; 2.^a, *generales*; 3.^a, *manifiestas*.

Han de ser justas las leyes; porque segun se lee en la Novisima Recopilacion en el lugar citado, *la ley es fuente y enseñamiento, y maestra de derecho y de justicia*: y tambien porque habiéndose de conformar las leyes humanas con los principios que enseña la ley natural, y siendo esta esencialmente justa por dimanar del Supremo Hacedor, será preciso convenir en que las leyes deben ser justas.

Esta justicia la reunirá la ley civil, no solo cuando mande lo honesto y prohiba lo torpe, sino tambien cuando mande ó prohiba alguna cosa que no siendo torpe ni esencialmente justa empieza á considerarse como tal desde el momento que se publica, porque lo exige asi la utilidad ó el bien general del Estado.

Han de ser generales: porque, como continúa la ley citada, *las leyes son comunes así para varones como para mugeres, de cualquier estado y edad que sean; así para sábios como para simples; así para poblados como para yermos*; y además, porque de otro modo no podria sostenerse el principio de igualdad ante la ley, consignado en el tit. 1 de la Constitucion vigente, é inculcado especialmente en su art. 4.^o, donde se establece que *unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía*; y cuyo principio se halla declarado con pala-

bras claras y terminantes en el nuevo Código, al establecer que *las leyes no reconocen en el orden civil distinciones de nacimiento, ni diferencias de condiciones sociales* (1).

Esta doctrina, sin embargo, no excluye aquellos derechos singulares ó beneficios concedidos á ciertas personas por justas consideraciones á la debilidad del sexo ó de la edad en que se encuentran, como por ejemplo, el privilegio de restitucion *in integrum* para los menores.

Ni tampoco es obstáculo para que el legislador deje de conceder cierta clase de privilegios como sumamente ventajosos para la prosperidad ó fomento de la agricultura é industria, de lo cual nos dá testimonio la ley publicada en 24 de Junio de 1849, declarando exentos de tributos á los nuevos riegos y artefactos, de cuya exencion gozan igualmente los propietarios de fincas urbanas durante el tiempo que inviertan en su edificacion y un año despues de concluida la obra; y lo confirman además otras varias disposiciones del gobierno, con el hecho de prescribir las formalidades ó diligencias que han de practicarse para obtener algun privilegio por parte de aquel que hubiera inventado ó mejorado algunos objetos de aplicacion á las artes, que podrán verse en el Real decreto de 27 de Marzo de 1826 y Reales órdenes de 14 de Junio de 1829 y de 26 de Mayo de 1838.

Finalmente, *las leyes han de ser manifestas*, y así lo espresó la ley Recopilada, diciendo: *Y debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, de modo que ninguno por ella reciba engaño*. Con cuyas palabras no solo hemos de entender que las leyes han de enunciarse con claridad, sino que tambien el que han de publicarse ó promulgarse en términos que pueda llegar fácilmente á todos los súbditos el conocimiento de la ley, de lo cual nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

(1) Art. 14 del proyecto de Código civil.

NOTA. Como solo al pié se pondrán las citas de los artículos del proyecto de Código civil, dejaremos de repetir en cada uno de ellos el Código á que se refieren.

§. V.

Necesidad de la promulgacion de la ley, y modo cómo se verifica en España.

Es tan patente á todos la necesidad de la promulgacion de la ley para que produzca esta los efectos que se propuso el legislador, que nos releva de la obligacion de haber de suministrar las razones que lo demuestran. Baste decir que la ley se dá para que los súbditos acomoden á ella sus acciones; y mal podrán obedecer y cumplir lo que ellos ignoran. La dificultad solo consiste en saber qué medio será el mas apto para hacer manifiesta ó pública la ley, de modo que pueda llegar con facilidad á noticia de los súbditos; y de aquí los diversos métodos ó sistemas adoptados entre las naciones para conseguir este objeto.

En España, prescindiendo de lo mandado antiguamente por la ley 12, tit. II, lib. III de la Novis. Recop., y de lo prevenido en los artículos 154, 155 y 156 de la Constitucion de 1812, la promulgacion de las leyes, cuyo acto corresponde al Rey, segun el artículo 44 de la Constitucion vigente, se verifica insertando la ley y cualquiera otra disposicion del gobierno en la *Gaceta* de Madrid y *Boletines oficiales* de las provincias respectivas; siendo obligatorias para cada capital desde que se publican oficialmente en los referidos periódicos, y desde cuatro dias despues para los demás pueblos de las provincias, segun es de ver por la ley de 3 de Noviembre de 1837 y Real decreto del mismo mes.

Las Reales órdenes de 22 de Setiembre de 1836, y 4 de Noviembre de 1838, por las que se manda que sean obligatorias las órdenes del gobierno desde su insercion en la *Gaceta* de Madrid, solo tienen por objeto que las autoridades y gefes de todas las dependencias del Estado, sea el que fuere el ministerio á que pertenezcan, se apresuren á darles cumplimiento en la parte que les corresponda, sin esperar á recibir la comunicacion de su respectivo ministerio; lo cual vemos últimamente recordado en dicho sentido á las autoridades dependientes del ministerio de Gracia y Justicia, por Real decreto de 6 de Setiembre de 1848.

Por el proyecto del nuevo Código civil se introducen algunas variaciones en el sistema espresado (1); pero cualquiera que sea la forma que se adoptase, lo cierto es que hecha oficialmente la publicacion de las leyes producirán desde entonces los efectos que les son propios, y de los cuales trataremos en el siguiente párrafo,

§. VI.

Efectos de las leyes.

Tres son los efectos generales que produce la ley, á saber: 1.º, *ser una regla para lo venidero*: 2.º, *no poder renunciarse*; y 3.º, *estenderse su observancia, no solo á los súbditos, sino tambien en ciertos casos á los extranjeros*.

El primer efecto que produce la ley es *el de servir de regla* para lo venidero: por lo mismo, ni puede aplicarse á tiempos pasados, ni tampoco anularse los actos anteriores á ella.

Este principio conservador de la fortuna, del honor y de la vida de los ciudadanos, se halla admitido en la legislacion de todas las naciones. En la nuestra pueden citarse el art. 9.º de la Constitucion vigente: la ley 1.ª, tít. v, lib. iv del Fuero Real; la 15, tít. xiv, Part. 3.ª; la 13, tít. xvii, lib. x de la Novís. Recop., además de otras que se omiten por la brevedad, y á las que puede añadirse la doctrina que vemos consignada en el proyecto del nuevo Código, proclamando el principio general de que *las leyes no tienen efecto retroactivo* (2).

No obstante de ser esta una doctrina generalmente recibida, hay casos en que pudiera perjudicar su admision ó aceptacion en términos absolutos; y de aquí la modificacion que siempre envuelve en sí el citado principio de no referirse la ley á tiempos pasados, á no ser en los casos que esta designe ó se deduzcan de su misma disposicion.

De ello nos ofrece varios ejemplos la legislacion actual, entre los cuales puede citarse el que presenta el art. 20 del Código penal, en el que, al disponer que siempre que la ley modere la pena señalada á un delito y se publicare antes d

(1) Véase el art. 1.º

(2) Art. 3.º

pronunciarse el fallo que cause egecutoria contra reos del mismo delito, hayan de disfrutar estos del espresado beneficio, dió bastante á entender que concedia efecto retroactivo á la ley en favor del acusado. Otros varios egemplos podríamos citar; pero en beneficio de la brevedad solo referiremos el que nos presentan las leyes 8.^a y 9.^a, tít. xv, lib. x de la Novísima Recopilacion, en las que no solo se manda que en los *censos* que se constituyan de nuevo se regule el capital al 100 por 3, sino que tambien estienden esta regulacion á los *censos* anteriormente constituidos.

El segundo efecto de las leyes es *el de no poder renunciarse*, ora sean preceptivas, ora prohibitivas; pues nadie puede renunciar al cumplimiento de un deber. Las permisivas, si bien podrán renunciarse por aquel á cuyo favor estén constituidas, pero no pueden hacerlo los demás, en razon de que para estos deben considerarse como obligatorias en cuanto á no poder impedir á los otros el libre uso ó no uso de ellas (1).

Finalmente, el tercer efecto de las leyes se refiere á la observancia de las mismas. A ellas están sujetos todos los individuos del Estado sin escepcion, segun hemos demostrado ya al hablar de una de las cualidades de las leyes, que es la de ser *generales*; de tal modo, que ni aun sirve de excusa su ignorancia para quedar los hombres libres de esta obligacion; como con respecto á la parte criminal lo espresaron las leyes 20, tít. i, Partida 1.^a, y 2.^a, tít. ii, lib. iii de la Novísima Recop.; y la 31, tít. xiv, Part. 5.^a; y 1.^a, tít. ii, lib. iii de la Novísima, en cuanto á la parte civil.

Sin embargo, la ley 21, tít. i, Part. 4.^a, esceptuó á los rústicos, soldados y mugeres, cuya doctrina no puede admitirse en rigor de derecho, por estar en contradiccion con las leyes citadas, y ser opuesta á los principios generalmente admitidos en buena jurisprudencia, y adoptados por el nuevo Código, al declarar en términos generales que *la ignorancia de las leyes no sirva de excusa* (2).

Esta obligacion se estiende no solo á los españoles mientras

(1) Artículos 4.º y 11.

(2) Art. 2.º

residan en España, sino que alcanza tambien á los que residen en pais extranjero y no han perdido la nacionalidad, siempre que se trate de leyes que conciernen al estado y capacidad de las personas; doctrina que, aun cuando no conste terminantemente en nuestras leyes, es una consecuencia del principio generalmente admitido de que las leyes personales no pueden menos de seguir al ciudadano donde quiera que se encuentre; lo cual vemos confirmado en el nuevo Código (1).

Mas no solamente obliga la ley á los españoles, en los términos que acabamos de manifestar, sino que además se estiende tambien á los extranjeros en los casos siguientes:

1.º En materias pertenecientes á la legislacion penal y de policia y seguridad, segun consta de las leyes 15, tít. 1, Partida 1.ª; 8.ª, tít. xxxvi, lib. xii de la Novis. Recop., y artículo 29 del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852; con cuyas disposiciones se halla enteramente conforme el proyecto del nuevo Código (2). Esceptúanse sin embargo, los agentes diplomáticos y cónsules extranjeros, para los cuales deberán tenerse presente las reglas de derecho de gentes, y principalmente los tratados que haya celebrado la España con sus respectivas naciones.

2.º En cuanto á los bienes inmuebles que posean en España como así lo declaró la ley 15, tít. xiv, Part. 3.ª; pero no en cuanto á los derechos y obligaciones que dicen relacion á bienes muebles, pues en estos han de regirse por las leyes del pais en que su dueño esté domiciliado, segun se halla recibido en todas las naciones, y admitió el nuevo Código entre sus artículos, con la distincion que acabamos de indicar (3).

3.º En lo perteneciente á la obligacion de pagar las cuotas que correspondan en el reparto que recaiga sobre la propiedad territorial que posean en nuestra nacion, ó en razon del comercio ó industria que egercieren, como se halla declarado en varias Reales órdenes y decretos, entre las cuales solo citaremos la Real orden de 7 de Enero de 1838, espedida con pre-

(1) Art. 7.º

(2) Art. 6.º

(3) Artículos 8.º y 9.º

sencia de algunas reclamaciones que hicieron los representantes de las Cortes de Francia é Inglaterra, y mas particularmente el Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, por encontrarse en él determinados todos los casos en que los extranjeros domiciliados y transeuntes vienen obligados al pago de las contribuciones é impuestos así generales como municipales y provinciales.

4.^a En las leyes relativas á las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y cualquier otro documento público que otorgaren en España, como consta de las leyes 15, tit. 1, Part. 1.^a, y 24, tit. xi, Part. 4.^a, adoptadas por el nuevo Código (1): debiendo sin embargo advertir que solo en el caso en que se suscitara algun pleito entre extranjeros sobre contratos celebrados en su pais, ó sobre bienes existentes en él, podrán ellos alegar y aplicárseles las leyes de su territorio, como lo declaró la ley 15 citada; lo cual nos parece que debe igualmente estenderse al caso en que se disputase sobre la validez de un documento otorgado en su propia nacion.

Si estas mismas formas y solemnidades á que se sujetan los extranjeros serán ó no suficientes para que los actos que celebren en España con arreglo á nuestras leyes puedan producir efecto en su pais, esto pertenece al determinarlo al soberano de quien dependan: del mismo modo que con respecto al efecto que puedan producir en España los actos de españoles celebrados en el extranjero pertenece á nuestra legislacion el determinarlo, de lo cual es una prueba el Real decreto de 17 de Octubre de 1851, en que así se establece.

En todos los demás negocios que ocurran, particularmente en materias de comercio y estradicion de criminales, se observará lo que se halle estipulado en los tratados internacionales; los cuales, del mismo modo que las leyes á que se sujeten así nacionales como extranjeros, deberán cumplirse en todas sus partes, mientras que no hayan perdido su fuerza obligatoria.

(1) Art. 10.

§. VII.

Cómo pierden las leyes su fuerza obligatoria.

Por tres causas pierden las leyes la fuerza de obligar, á saber: por la *abrogacion*, *derogacion* y *dispensa*.

La *abrogacion* es la *revocacion* ó *anulacion* de toda la ley; la *derogacion* es solo de una parte de ella; y la *dispensa* es la *ésencion* de lo ordenado por la ley en favor de una ó mas personas.

La *abrogacion* y *derogacion*, que en el uso comun vemos confundidas frecuentemente, pueden hacerse *expresa* y *tácitamente*. Espresamente se verifica cuando una nueva ley revoca formalmente en todo ó en parte la antigua: tácitamente en los tres casos siguientes:

- 1.º Cuando sin espresar el legislador que la revoca, contiene la nueva ley disposiciones contrarias á la anterior.
- 2.º Cuando han cesado enteramente los motivos de la ley.
- 3.º Cuando se ha introducido una costumbre en contrario á lo que la ley dispone.

Este último caso no se halla admitido generalmete por los jurisconsultos; mas sin embargo, la legislacion actual lo reconoce como medio para derogarse la ley, siempre que la costumbre reuna la circunstancia de tener el consentimiento aunque tácito del legislador; pues entonces puede decirse que es derogada por este. En el párrafo siguiente ampliaremos mas esta indicacion.

Todos estos tres actos dimanar del poder legislativo, segun manifestamos ya en el párrafo III; pero como atendido el modo de egercer este poder sus funciones, en vista de lo prevenido en la Constitucion y Reglamento interior de las Córtes, seria casi imposible que los cuerpos colegisladores descendieran diariamente al exámen de las instancias particulares que á cada momento pueden presentarse en solicitud de dispensas relativas al egercicio de los derechos civiles, sábiamente se ha dispuesto que el poder Real sea el que egerza esta facultad en los casos que espresó la ley de 14 de Abril de 1838, como indicamos en el citado párrafo.

Con lo dicho hasta aquí podrán ya comprenderse las disposiciones que rigen acerca del primer elemento del derecho, que es la ley. Veamos con la brevedad posible cuáles son las que gobiernan en cuanto á determinar la naturaleza y fuerza de la costumbre, que es el otro elemento.

§. VIII.

Naturaleza de la costumbre y sus efectos.

La ley 4.^a, tit. II, Part. 1.^a, define la costumbre diciendo que es: *Derecho ó fuero que non es escrito, el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas, é en las razones sobre que lo usaron*; pero mas brevemente diremos que es: *un derecho introducido por la repetición de actos aprobados tácitamente por el legislador*.

Se diferencia del *uso*, en que este no es mas que *el estilo ó práctica general de una cosa*, y la costumbre es un derecho que nace de esta misma práctica, con tal que reuna las circunstancias que espresa la ley 5.^a, tit. II, Part. 1.^a, las cuales pueden reducirse á las tres siguientes:

1.^a Que los actos que la determinan sean laudables y honestos.

2.^o Que sean de larga y general observancia, ó que al menos se hayan practicado por diez ó veinte años, segun que esté ó no el príncipe en sus Estados, como interpretó el señor Gregorio Lopez.

3.^a Que medie el tácito consentimiento del legislador, el cual se supone cuando en el tiempo indicado no se opusiere á ellos.

Reuniendo estos tres requisitos los actos que dan lugar á la costumbre, adquiere esta fuerza de ley, no solo cuando no existe ninguna en aquella materia sobre que se introduce, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria, ó para interpretar la dudosa.

De esta doctrina resultan las tres especies de costumbre que distinguen los escritores, á saber: *fuera de la ley*; *contra la ley*, y *segun la ley*. Por la primera se introduce un derecho nuevo; por la segunda se deroga el derecho que se hallaba establecido, y por la tercera, ó se explica el que está

en observancia; ó se reproduce el que no tenia uso alguno.

Mas no obstante la fuerza que tiene la costumbre, como acabamos de manifestar, no por ello diremos que sea de igual condicion con la ley. Esta basta que se alegue para que el juez, á quien debe constarle su autenticidad, proceda desde luego á su aplicacion: no sucede asi en la costumbre, en la que el que la alegare en defensa suya debe antes probar su introduccion y observancia; para lo cual le servirán los tres medios que presenta la ley 5.^a, tit. II, Part. 4.^a, si se tratare de una costumbre ordinaria, ó el que propone la ley 41 de Toro, cuando se quisiere probar la existencia de un mayorazgo por la costumbre inmemorial.

Algunos son de parecer que hallándose establecido en la ley 11, tit. II, lib. III de la Novis. Recop., que todas las leyes del Reino hayan de guardarse mientras no se hallen derogadas *espresamente* por otras posteriores, y no pudiendo aplicarse la palabra *espresamente* que usa la ley al derecho introducido por costumbre, no debe tener lugar la calificada contra la ley, por mas que esté reconocida por las leyes 4.^a y 6.^a, tit. II, Part. 1.^a

Mas á pesar de esta y otras razones con que se sostiene dicha doctrina, y con la cual se halla conforme el nuevo Código civil (1), no podemos menos de advertir que prácticamente se encuentra admitida en España la *costumbre contra la ley*, como entre otros casos podemos citar el nombramiento de alcaesas hecho á mugeres, siendo así que lo prohíbe la ley 8.^a, título V, lib. III del Fuero Real.

Tales son las disposiciones generales del derecho relativamente á los elementos ó partes que le constituyen, segun ofrecimos en el primer párrafo de la leccion. Veamos por conclusion cuáles son las reglas que determinan el modo de aplicarlas.

§. IX.

Reglas acerca del uso que debe hacerse de las fuentes del derecho.

Aun cuando las leyes, juntamente con los decretos que espide el gobierno, y la costumbre legítimamente introducida,

(1) Art. 5.^o

sean las dos únicas fuentes á las que deben consultar los magistrados y jueces para el acierto en sus decisiones; sin embargo, como ni las leyes pueden prever todos los casos que pueden ocurrir, ni siempre existe una costumbre legítimamente introducida que supla el vacío de la ley, se hace preciso reconocer otro medio por el que, sin atribuirse los jueces la acción del poder legislativo, pueda estar atendida suficientemente la administración de justicia.

Este medio no es otro sino el dejar á la conciencia ilustrada del juez la facultad de suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador en preverlos.

Así se halla dispuesto en los Códigos de las otras naciones, y en nuestra misma España encontraremos leyes en dicho sentido, no obstante que otras limitan en extremo la acción de los tribunales, hasta disponer que en caso de duda remitan los autos al Rey para que dé la sentencia, como dispusieron las leyes 41, tit. xxii, y 45, tit. xxiii, Part. 3.^a

Pero léase la regla 36, tit. xxxiv, Part. 7.^a, y veremos confirmada la doctrina general que hemos sentado, al mandar el rey D. Alonso *que en los casos que raramente acaescen, y no haya ley acerca de ellos, puedan ser juzgados por las leyes hechas para casos parecidos.*

Sí esta ley no fuera suficiente, ténganse presentes los inconvenientes que resultarían de verse interrumpida á cada paso la administración de justicia por las dudas que continuamente promoverían los jueces con fines sinceros ó tal vez afectados; y nos convenceremos de la necesidad del medio arriba indicado, especialmente en los gobiernos representativos, en que tantas dilaciones se notan en el ejercicio del poder legislativo, y en los que á no cometerse este derecho á un tribunal permanente es imposible que pueda ejercerse esta facultad en los términos que las antiguas leyes de España disponen.

De todo lo cual inferiremos que aunque la ley y la costumbre sean la pauta que ha de servir al juez para dictar sus fallos, sin embargo, no porque falten ellas, ó aparezca alguna duda sobre su inteligencia, deberá suspender la acción de la justicia, sino que valiéndose de las reglas de equidad ó de lo que la regla 36 de Partidas indica; procederá desde luego á su administración, proveiendo á los negocios de su competencia, no

por via de disposicion general ó reglamentaria, sino únicamente para el caso de que está conociendo, que son las palabras que usa el nuevo Código (1) al manifestar la conformidad con estos principios.

Con ello damos fin á la materia que nos habiamos propuesto explicar en la presente leccion relativamente á las dos fuentes del derecho español. El órden pide que entremos en el exámen de sus disposiciones.

(1) Artículos 12 y 13.

LECCION TERCERA.

DE LA CLASIFICACION DE LAS PERSONAS.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Definición de las personas en sentido jurídico, y bases para su clasificación.—§. III. Cómo se clasifican las personas según el estado natural, y su división por razón al nacimiento.—§. IV. Cómo se dividen por razón al sexo.—§. V. Cómo por razón á la edad.—§. VI. Observaciones para la clasificación de las personas según el estado civil, y cómo se dividen por razón á la nacionalidad.—§. VII. Cómo por razón al lugar donde han fijado su residencia.—§. VIII. Cómo por razón al estado de familia.

§. I.

Razon del método.

Con las observaciones hechas en las dos lecciones anteriores se ha facilitado la entrada para el conocimiento del derecho civil: solo falta que se descubran las partes interiores del edificio de la legislación española, para que, recorridas todas con buen orden, podamos llegar al fin que el derecho se propone, el cual no es otro, según dijimos en el párrafo v, lección 1.^a, que el dar á cada uno lo que es suyo.

El orden con que deben examinarse las partes en que se divide el derecho se halla contenido en la sola consideración de lo que se reputa como propio de cada uno; y como aquello que se considera como tal, ó consiste en derechos que gozan las personas, según el estado á que pertenezcan en la sociedad, ó se refiere al dominio de las cosas que constituyen su patrimonio, ó se estiende finalmente á lo que otro cualquiera nos debe, es fácil inferir, supuestas estas consideraciones, el orden con que á nuestro parecer debe procederse al exámen de las materias que abraza el derecho; que por esto no hemos podido menos de dividirlo en tres tratados generales, de los

cuales será el 1.º del derecho de las personas con relacion á su estado; el 2.º del derecho que tienen las mismas sobre las cosas que constituyen su patrimonio, y el 3.º del derecho para exigir de otro lo que debe, ó sea de las obligaciones.

Bajo este supuesto, y siendo el objeto del primer tratado examinar el derecho de las personas segun su estado, parece muy propio que se manifieste ante todo cuál sea la acepcion legal, tanto de la palabra *persona*, como de la de *estado*, á fin de proceder con conocimiento á la clasificacion general de las personas, que es el objeto de esta leccion.

§. II.

Definicion de las personas, y bases para su clasificacion.

Se entiende por *persona* en sentido jurídico *un ser capaz de derechos y obligaciones, ora sea un individuo de la especie humana, ora una entidad á la que la ley haya dado la consideracion de persona en la sociedad*. Para espresar al individuo nos valdremos en lo sucesivo de la palabra *persona* simplemente enunciada; mas para denotar los objetos creados por la ley para dicha consideracion, usaremos de la calificacion de *persona jurídica ó moral*.

A la primera clase pertenecen en lo interior de la Península é islas adyacentes todos los hombres y mugeres sin distincion, por no haber individuo alguno en esta parte del territorio español que no goce de derechos, añadiendo muy justamente el nuevo Código (1), que aun los esclavos de Ultramar pertenecientes á españoles adquieran la calidad de libres, y como tales gocen de los derechos civiles desde que fueron importados en el territorio continental del Reino ó de sus islas, y que igual consideracion tengan los esclavos pertenecientes á estrangeros que, al mes de su introduccion en los referidos puntos, no hubieran sido esportados por sus dueños.

A la segunda clase de personas se refieren las *corporaciones, establecimientos y asociaciones* reconocidas por la ley, las cuales, juntamente con otras entidades legales, como el *Estado*, las *provincias*, los *pueblos*, y aun ciertos objetos

(1) Art. 34.

materiales, como el *fisco*, etc., son consideradas en el derecho tambien como personas para el ejercicio de los derechos civiles, con cuya doctrina no pudo menos de conformarse el nuevo Código (1).

Al hablar de la restitucion *in integrum*, asi como de las divisiones de cosas y sucesiones por testamento y *ab intestato*, se hará la indicacion oportuna respecto á los derechos de las personas morales. Fuera de estos casos, solo ocuparán nuestra atencion las personas, en cuanto se denota con esta palabra á los individuos de la sociedad, que son á las que se refiere generalmente el derecho en sus disposiciones.

Entre las personas, tomada esta palabra en el último sentido, se observa que no son unos mismos sus derechos; y como esto penda del estado que cada una tenga en la sociedad, se hace preciso definir qué sea *estado*.

Se entiende por ESTADO la *condicion ó clase á que uno pertenece en la sociedad*, ó como dice la ley 1.^a, tit. XXIII, Part. 4.^a, la *condicion ó manera en la que los homes viven ó están*. Esta condicion puede provenir, ó de ciertas cualidades naturales, y entonces se llamará *estado natural*, ó procede solo de las leyes civiles, y entonces se llama *estado civil*. En uno y otro estado encontraremos diferencias en las personas respecto el ejercicio de los derechos civiles, los cuales, no pudiendo fácilmente determinarse sin que preceda una division de ellas por clases, pasaremos á hacer su clasificacion, empezando por las personas consideradas segun el estado natural.

§. III.

Clasificacion general de las personas segun el estado natural, y cómo se dividen por razon al nacimiento.

Tres son las cualidades naturales que marcan en la persona el acto de su existencia y la continuacion de su personalidad, á saber: el *nacimiento*, el *sexo* y la *edad*; por lo mismo podremos tomarlas como bases para proceder á la clasificacion de las personas segun el estado natural.

Empezando por el *nacimiento*, observamos que este acto

(1) Art. 33.

separa á los nacidos de los que no tienen esta cualidad, y de aquí la primera division de las personas en *nacidas*, y *por nacer ó concebidas*.

Se llaman *nacidas* en el derecho *las que han salido del seno materno y reúnen los requisitos que exigen las leyes para disfrutar de los derechos propios de su estado*. Las leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. XXIII, Partida 4.^a, designan algunos de estos requisitos, los cuales, unidos á los que espresa la ley 2.^a, tit. v, lib. x de la Novis. Recop., forman la jurisprudencia que actualmente se observa. Estos requisitos, son cinco:

1.º Que nazcan *todas vivas*; es decir, que se hayan desprendido enteramente del seno materno;

2.º Que vivan al menos veinte y cuatro horas desde su alumbramiento;

3.º Que hayan sido bautizadas, aunque no sea solemnemente;

4.º Que nazcan con figura humana;

5.º Que el nacimiento haya sido en tiempo hábil y en que naturalmente puedan vivir, el cual, segun las Partidas, ni debe ser antes del sétimo mes desde la celebracion del matrimonio, ni despues de diez meses desde la muerte del marido, ó desde su ausencia ó separacion.

Si nacieren antes del sétimo mes de celebrado el matrimonio, ó despues de los diez meses de la muerte, ausencia ó separacion del marido, la ley no las reputa como legítimamente nacidas, á no ser que en el primer caso las reconociera este, ó en el segundo probare la madre la legitimidad del nacimiento, especialmente si fuere muy corto el tiempo trascurrido desde que se cumplieron los diez meses; pues no es tan fija la regla propuesta que no pueda haber casos en que se consideren partos naturales los verificados fuera de los tiempos marcados, con cuya doctrina, con muy pocas diferencias, se halla conforme el nuevo Código (1).

Las personas concebidas ó por nacer son *aquellas que existen todavía en el seno materno*. La ley 20, tit. i, Partida 6.^a, las designa con el nombre de *póstumos* si nacen des-

(1) Art. 101 hasta el 109.

pues de la muerte del padre ó de haber otorgado este su testamento.

Estas personas aun antes de nacer se consideran por la ley como nacidas, siempre que se trate de su derecho ó utilidad. Así lo declaró la ley 3.^a, tít. XXIII, Part. 4.^a, y de aqui el poderles dar el padre tutor en testamento, mejorarlas, nombrarles sustituto pupilar, y hacer otros actos semejantes; si bien es verdad solo producirán efecto todos ellos si nacieren con los requisitos arriba espresados.

A pesar de ser esta la doctrina comunmente recibida, hay casos en que aun antes de nacer las personas se hacen efectivos en ellas algunos derechos, de lo cual es una prueba entre otras muchas el art. 93 del Código penal, en que se establece que si la madre incurriere en la pena de muerte, no pueda ejecutarse esta ni notificársele la sentencia estando embarazada hasta pasados cuarenta dias de su alumbramiento, á fin de evitar el daño que se causaria á la prole que aun no habia nacido, siendo así que no merece ninguna pena, segun espresion de la ley de Partidas citadas.

§. IV.

Cómo se dividen las personas por razon del sexo.

El *sexo* es la otra cualidad natural que introduce diferencias entre las personas, segun la cual se dividen en *varones* y *mugeres*. Estas, aunque se hallen comprendidas bajo la denominacion general de *hombres*, cuando se trata de derechos y obligaciones, sin embargo, como para determinar los derechos y deberes de las personas las leyes se atemperan á lo que de ordinario sucede, y lo ordinario es que el hombre aventaje á la muger por su prudencia y dignidad, y que esta sea digna de algunas consideraciones por razon de la debilidad de su sexo, ha creído el legislador que debia restringir alguna vez en las mugeres los derechos que al hombre concede, asi como por otra parte suavizar mas sus obligaciones, dando lugar con ello á que no obstante de hallarse comprendida la muger bajo la palabra *hombre*, sea diferente la condicion de una y otra persona en muchos puntos del derecho.

En confirmacion de esta doctrina vemos, por egeemplo, que

la muger no puede egercer cargos y oficios públicos, como lo prohíben las leyes 4.^a, tit. iv, y 3.^a, tit. vi, Part. 3.^a; ni puede ser tutora, segun la 4.^a, tit. xvi, Part. 6.^a; ni egercer patria potestad, segun la 1.^a, tit. xvii, Part. 4.^a; pero en cámbio se le concede que pueda otorgar testamento y casarse antes que el hombre, segun las leyes 13, tit. i, Part. 6.^a, y 6.^a, tit. i, Part. 4.^a; ni se le imponen penas de trabajos forzados, concediéndole en el caso de ser sentenciada á cadena temporal ó perpétua el que cumpla su condena dentro del establecimiento destinado para las personas de su sexo, como dispone el art. 99 del Código penal, y asi otras muchas consideraciones; de modo que aunque la regla general sea de que bajo la denominacion de *hombre* se comprenda tambien la *muger* siempre que se trate de derechos y obligaciones, esta regla solo tendrá aplicacion, segun la ley 6.^a, tit. xxxiii, Part. 7.^a, en aquellos casos en que las leyes no se refieran en sus disposiciones á la muger en particular, de lo cual dan testimonio las leyes citadas, además de otras muchas que se omiten por la brevedad.

En el mismo sentido se espresa el nuevo Código, como aparece tanto de su título preliminar, como igualmente de aquellos artículos en que para escluir á las mugeres de la participacion de los derechos á que es admitido el hombre, se las nombra en particular.

§. V.

Cómo se dividen las personas por razon de su edad.

La tercera cualidad natural que produce diferencias entre las personas, es la *edad*, segun la cual se dividen estas primeramente en *mayores* y *menores*.

Se llaman *menores*, segun la ley 2.^a, tit. xix, Part. 6.^a, *los que no han cumplido veinte y cinco años*, y *mayores*, aun cuando la ley no lo espresa, todos aquellos, sean varones ó hembras, que hayan cumplido esta edad. En el nuevo Código empieza la mayor edad á los veinte años cumplidos (1).

Si la ley 18, tit. ii, lib. x, Novis. Recop., parece que re-

(1) Artículos 142 y 276.

pute por mayores á las mugeres que hubieren cumplido veinte y tres años, como esta ley solo se refiere á un caso especial, qual es el de poder casarse las hijas á esta edad sin necesidad del consentimiento paterno, no se alterará en los demás casos la consideracion general de la mayor y menor edad.

Además de esta division, como no todos los menores gozan de iguales derechos, para poderlos mejor determinar dividen nuestras leyes en tres clases á las personas de esta edad, á saber: en *infantes*, *pupilos* y simplemente *menores*. Así aparece de las leyes 4.^a, tit. XI, Partida 5.^a, y 2.^a, tit. XIX, Part. 6.^a

Se llaman *infantes* los que no han cumplido siete años, sean varones ó hembras, segun lo declaró la ley 4.^a, tit. XVI, Part. 4.^a: *pupilos* los que no han llegado á los doce años si son mugeres, ó catorce si son varones, como espresó la ley 4.^a, tit. XI, Part. 5.^a; y simplemente *menores*, segun la ley 2.^a, tit. XIX, Part. 6.^a, los que no han cumplido veinte y cinco años.

Las demás personas se llamarán indistintamente *mayores*, aunque entre estas todavia podemos colocar para ciertos efectos del derecho otra clase particular, que son los ancianos ó viejos que han llegado á los setenta años, de los cuales se ocupan varias veces nuestras leyes, á saber: la 35, tit. XVI, Partida 3.^a, que les exime de ir á jurar ó atestiguar ante el juez, siendo este quien deberá ir á su casa para este objeto; la 2.^a, tit. XVII, Part. 6.^a, que les escusa de la tutela; la 8.^a, título XXXI, Part. 7.^a, que dispone sean castigados con menos dureza; y últimamente, en sustitucion de esta el art. 98 del Código penal, que manda sean trasladados á la casa de presidio mayor á los que estando condenados á cadena temporal ó perpétua hubieren llegado á la edad de sesenta años, ó la tuvieren ya antes de ser sentenciados.

Segun fuere la edad de las personas, así serán mayores ó menores sus derechos. Así que los infantes, á quienes la ley compara con los faltos de juicio, nada pueden hacer ni aun con la autoridad del tutor, segun la ley 17, tit. XVI, Part. 6.^a; pero pasada esta edad, hasta la de doce ó catorce años, segun sean varones ó hembras, ya se les permite que puedan hacer algunos actos civiles, ó ellos de por si en aquellos casos en que

pueden mejorar su condicion, ó con la autoridad del tutor en los que la pueden empeorar, como disponen las leyes 4.^a, título XI, Part. 5.^a, y 17, tit. XVI, Part. 6.^a

Desde la edad de doce ó catorce años hasta los veinte y cinco son mayores sus derechos, pues pueden casarse, aunque con las restricciones que espresa la ley 18, tit. II, lib. X de la Novis. Recop.: pueden hacer testamento, segun la 13, tit. I, Part. 6.^a; y pueden aun los que no tengan guardador obligarse, salvo el beneficio de restitucion, como aparece de la ley 5.^a, tit. XI, Part. 5.^a

Finalmente, á los veinte y cinco años, no siendo hijos de familia, entran todos en el pleno goce de sus derechos, y se sujetan á toda clase de obligaciones, salvas las consideraciones y privilegios debidos al sexo, clase y ancianidad, como habrá lugar á observar al hablar de las *tutelas*, *fianzas* y algunas otras materias.

Tal es la division que se hace de las personas segun el estado natural: veamos ya cómo se dividen estas segun el estado civil.

§. VI.

Clasificacion general de las personas segun el estado civil, y cómo se divide por razon á la nacionalidad.

El estado civil, segun se dijo en el párrafo II, no es mas que *la condicion ó clase á que uno pertenece en la sociedad, en virtud de ciertas consideraciones que le conceden las leyes*; y como estas consideraciones no son unas mismas en todas las personas, segun fácilmente se deja comprender, precisamente deberá procederse á hacer una clasificacion de estas para poder determinar los derechos que á cada una de ellas competen.

Los antiguos escritores del derecho las dividian en *libres y esclavos, naturales y extranjeros, señores y vasallos, nobles y plebeyos, clérigos y legos, militares y paisanos, vecinos y transeuntes, padres é hijos de familia*; mas atendiendo á que muchas de las consideraciones que daban lugar á estas divisiones han desaparecido en la actual legislacion, ó han quedado reducidas á solo el privilegio de gozar algunas per-

sonas de *fuerro propio* en determinados negocios, nos abstendremos de entrar en materia sobre cada una de ellas, y solo haremos mérito de aquellas que pueden tener una rigurosa aplicacion en los puntos á que se refiere el derecho civil privado, que es el objeto de estas lecciones.

Bajo este supuesto, consideraremos únicamente las personas segun el estado civil: 1.º, con relacion á la nacionalidad; 2.º, con relacion al lugar ó pueblo en que han fijado su residencia, y 3.º, con relacion á la posicion que tengan en la familia á que pertenecen.

Empezando por la *nacionalidad*, se dividen las personas en *españoles y extranjeros*.

Son *españoles* los declarados como tales en el art. 1.º de la Constitucion de 1845, á saber:

- 1.º Todas las personas nacidas en los dominios de España;
- 2.º Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España;
- 3.º Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza;
- 4.º Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía.

Los que no pertenecen á ninguna de las referidas clases serán extranjeros; cuya doctrina no ha podido menos de adoptar el nuevo Código (1), por no poder separarse del artículo constitucional que así lo establece.

En cada uno de los casos espresados pueden ofrecerse algunas dificultades, y de aquí las observaciones que deben tenerse presente sobre cada uno de ellos.

Así, pues, aun cuando la ley considere como españoles á los comprendidos en los números 1.º y 2.º, sin embargo, es preciso advertir que si fueren hijos de extranjeros nacidos accidentalmente en España, ó hijos de padre ó madre españoles nacidos en el extranjero, no el acto del nacimiento dará á los primeros la calificacion de *español*, por mas que así lo espresase el art. 1.º de la Constitucion, sino que además se necesita la manifestacion de parte del hijo del extranjero en querer aprovecharse de la generosidad de la ley, asi como respecto de los

(1) Art. 18.

segundos se entiende que conservarán la calidad de españoles mientras no renunciaren á ella.

De este modo es como, á nuestro parecer, deben entenderse los números 1.º y 2.º citados, cuya doctrina se halla consignada en el nuevo Código (1), con la circunstancia además de haber espresado el tiempo dentro del cual ha de hacerse la manifestacion indicada, y las autoridades ante quienes debe hacerse esta, segun que estuvieren dentro ó fuera del reino.

En cuanto á los comprendidos en el número 3.º, solo hay que advertir el no hallarse determinado esplicitamente en la Constitucion de 1845 á quien corresponde el otorgamiento de la carta de naturaleza. Unicamente se dice en el art. 1.º que el señalamiento de los derechos que hayan de egercer así los extranjeros naturalizados como los que hubieren ganado vecindad, será objeto de una ley: lo cual suponemos que será respecto de los derechos políticos, y no de los civiles, porque estos los puede egercer desde luego todo aquel que haya obtenido cualquiera de las dos indicadas consideraciones. Como quiera que sea, para el otorgamiento de la carta de naturaleza deberá ser consultado el Consejo Real, segun el art. 7.º del Real decreto de 22 de Setiembre de 1845.

Finalmente, en cuanto á los comprendidos en el número 4.º, ha de tenerse presente que para que el extranjero que no haya obtenido carta de naturaleza pueda ganar la vecindad, es preciso que se haya establecido en España con casa abierta y con residencia fija ó prolongada por tres años, y además que posea bienes propios ó egerza alguna industria ó modo de vivir conocido, y haya obtenido el permiso del gobernador civil de la provincia. Asi lo dispone el art. 3.º del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, cuya disposicion conviene en lo general con la que propone el nuevo Código (2).

Esta calidad de español que atribuye la Constitucion á las personas indicadas puede perderse, segun el art. 1.º de la misma, en dos casos: 1.º, por adquirir naturaleza en pais extranjero; y 2.º, por admitir empleo de otro gobierno sin licen-

(1) Artículos 22 y 23.

(2) Art. 36.

cia del Rey; añadiendo el nuevo Código (1) á las dos espresadas circunstancias la de entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin la referida licencia, y la de haberse casado una española con un extranjero.

Los incluidos en estos casos podrán recuperar la calidad de español si renuncian los primeros á la proteccion del pais en que se hubieren afiliado, ú obtienen los otros una habilitacion especial del Rey, como espresa igualmente el nuevo Código (2).

Mientras no lo hicieren se considerarán como extranjeros, y como tales quedarán escluidos del mismo modo que estos de poder obtener cargos públicos, tanto eclesiásticos como civiles, y solo gozarán de los derechos civiles que gocen en su pais los españoles, si otra cosa no se ha dispuesto por las leyes y tratados especiales, segun aparece de las leyes 1.^a, tít. xxiii, lib. i, y 2.^a, tít. iv, lib. vii Novis. Recop., y confirma el nuevo Código (3), haciendo al mismo tiempo varias aclaraciones.

Los estrechos limites de esta obra no permiten el que se designen una por una las prohibiciones y obligaciones impuestas por nuestras leyes á los extranjeros, así como los derechos que estas les conceden. Algo se ha indicado ya al hablar en el párrafo vi de la leccion anterior de los efectos de las leyes; pero los que deseen mayores conocimientos podrán consultar el Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, en donde encontrarán resueltas las dudas que puedan ofrecerse acerca de las prohibiciones, obligaciones y derechos de los extranjeros en general, tanto domiciliados en España como transeúntes, sin perjuicio de lo que se haya dispuesto por tratados especiales, de los cuales solo citaremos el celebrado entre España y Cerdeña sobre mútua sucesion en los bienes de los súbditos de ambas naciones, segun consta por la ley 1.^a, tít. xx, lib. x Novísima Recopilacion, y el que se verificó entre las mismas naciones en 30 de Junio de 1851 para el recíproco cumplimiento de las sentencias de los tribunales de ambos paises en materia civil, ordinaria y mercantil.

(1) Artículos 19 y 25.

(2) Artículos 20, 21 y 24.

(3) Artículos desde el 26 al 32 inclusive.

§. VII.

Cómo se dividen las personas por razon al lugar ó poblacion en que se hallan.

En tres clases se dividen las personas atendido el pueblo en que permanecieren, á saber: en *vecinos domiciliados ó residentes y transeuntes*.

Se llaman VECINOS *los que tienen establecido en algun lugar su domicilio ó habitacion con intencion de permanecer en él*. Esta intencion puede probarse, no solo por la residencia de diez años en el pueblo, segun la ley 2.^a, tit. xxiv, Part. 4.^a, sino tambien por otros hechos que la acrediten, como son: el haber empezado á egercer una profesion, arte ú oficio; vender sus posesiones y adquirir propiedades en el lugar adonde traslada su habitacion, y mas particularmente el inscribirse en el padron vecinal del mismo, como dispone la ley 6.^a, tit. iv, lib. vii Novís Recop.

Sin embargo de estas disposiciones, el Consejo Real, á quien S. M. se dignó consultar pidiendo se fijaran las circunstancias para adquirir el carácter de vecino, espuso que, hasta tanto que un nuevo Código civil regule este punto con relacion al goce de los derechos civiles, era de parecer que sin separarse de la ley escrita y de la inteligencia y aplicacion que diariamente se dá á la misma, podrian adoptarse las reglas siguientes:

1.^a La vecindad de todo español es el pueblo en que nace y reside, contribuyendo como vecino á todas las cargas y gozando de todas las ventajas.

2.^a Es igualmente vecino aquel que, habiéndose trasladado libremente á un pueblo, declara ante el alcalde su voluntad de *avecindarse en él*.

3.^a A falta de declaracion espresa, se tendrá por presunta, pero eficaz:

Primero, la residencia habitual con casa abierta por mas de un año;

Segundo, el egercicio de los derechos electorales, ó la reclamacion que con este motivo hiciere;

Tercero, la aceptacion de un cargo retribuido por el Estado, provincia ó pueblo que exija residencia.

Si ocurriere alguna duda se resolverá esta por induccion ó analogía, ó se consultará al gobierno. Real orden de 30 de Agosto de 1853, reproduciendo la de 20 del mismo mes de 1849.

En el nuevo Código (1) se fija con mas claridad la calidad de vecino, sobre que tantas dudas ofrece la actual legislacion; y por lo mismo podia desde luego adoptarse en general esta doctrina, asi como la adoptó la ley de Ayuntamientos de 5 de Julio de 1856 para los efectos propios de la misma.

Se llama DOMICILIADO ó RESIDENTE *el que mora en alguna poblacion, pero sin ánimo de permanecer siempre en ella.* A esta clase pertenecen:

1.º Los empleados que habitan en el pueblo donde son vecinos.

2.º Los que residen habitualmente en él, aunque no tengan esta calidad.

3.º Los que moran en él por razon de algun empleo público, ó por prestar algun servicio, siendo militar.

4.º Los hijos de familias, huérfanos, mugeres casadas y sirvientes, con respecto á aquellos lugares en donde habitan las personas de quienes dependen.

5.º Los que se hallen sufriendo una condena, con respecto al lugar donde la estinguen.

6.º Los que no tienen residencia habitual, con respecto á aquel donde se hallan.

7.º Los establecimientos y asociaciones, con relacion al lugar donde esté situada su direccion ó administracion, salvo el caso de algun convenio particular.

Así consta de las declaraciones que hace el nuevo Código (2), cuya doctrina adoptamos, por ser la misma que presentan los prácticos al determinar las personas que tienen esta cualidad.

Algunos colocan á los residentes ó domiciliados entre los vecinos, tomada esta palabra en sentido lato, y son de parecer que basta esta vecindad para asistir como testigos en los ins-

(1) Artículos 35, 36 y 37.

(2) Artículos desde el 38 al 46 inclusive.

trumentos públicos, y aun en los testamentos nuncupativos; pero á nosotros no nos parece muy segura la intervencion de estas personas, atendiendo á que la ley usa en uno y otro caso de la palabra *vecino*.

Finalmente, se entiende por *TRANSEUNTE* *aquel que está de paso en una poblacion*; como lo es por ejemplo: el soldado, el traginante, el viajero, y todos aquellos que no tienen intencion de fijar su domicilio en los lugares á que se dirigen.

§. VIII.

Cómo se dividen las personas por razon á la familia.

Otra de las bases para la clasificacion de las personas es el estado de familia. En esta no gozan todos los que la componen de iguales derechos; y de aquí la division que debe hacerse de ellas para que mas fácilmente puedan comprenderse los que á cada uno de la familia competen.

Entre estos ocupan el primer lugar los *padres*, los cuales, unidos entre sí con el vínculo del matrimonio, constituyen un estado particular en el que, no siendo iguales sus derechos, se dá lugar á la diversa consideracion de *marido* y *muger*, en virtud de la cual cada una goza de los suyos respectivos.

Además de estas relaciones mútuas entre casados, existen otras con respecto á los hijos que hubieren engendrado; y de aquí la otra division de *padres é hijos de familias*, sin embargo de que esta calificacion no siempre espresa dicha relacion, en razon de tomarse algunas veces para denotar al que es el gefe ó señor de la casa, tenga ó no tenga hijos, como esplicó la ley 6.^a tít. xxxiii, Part. 7.^a, ó á los que son *sui iuris*, como esplican los juriconsultos.

Finalmente, como no todas las personas *sui iuris* se hallan en disposicion para gobernarse por sí, la ley ha creado un poder que vigile inmediatamente sobre ellas hasta que lleguen á la edad competente ó adquieran la capacidad para atenderse á sí mismas; y esta circunstancia dá lugar á la otra clasificacion de personas con relacion al estado familiar, y por la cual distinguiremos las condiciones de *pupilo* y *tutor*, y la de *menor ó mayor incapacitado* y su *curador*.

Las personas que constituyen el estado de familia son las que ocuparán nuestra atencion en este primer tratado, por lo que, empezando por las que egercen el poder paterno, manifestaremos ante todo la naturaleza de este poder, que será la materia de la siguiente leccion.

LECCION CUARTA.

DE LA NATURALEZA DE LA PÁTRIA POTESTAD
Y SUS EFECTOS.**Resúmen.**

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la pátria potestad y su fundamento.—§. III. Sus efectos con relacion á la persona de los hijos, y derechos que dimanar de ella bajo este concepto.—§. IV. Cuáles son las obligaciones de los padres bajo el mismo respecto.—§. V. Derechos de los padres respecto á los bienes de sus hijos.—§. VI. Obligaciones acerca de ellos.—§. VII. Modos como se constituye este poder.

§. I.

Razon del método.

Clasificadas ya las personas segun el estado natural y civil, como la division que se ha hecho de ellas no tiene otro objeto sino facilitar el conocimiento de los derechos y obligaciones que les corresponden, el órden pide que se proceda al exámen de las leyes que los determinan.

Entre estas leyes merecen la preferencia las que conciernen al estado de familia, porque siendo esta la base y fundamento de la sociedad, y dependiendo del buen órden que se observe en ella la existencia y el órden sócial, precisamente debe en gran manera llamar la atencion todo aquello que contribuya á su formacion y buena direccion.

Para que se consiguiera esta, la misma naturaleza creó un poder regulador que sirviera de cabeza á la familia, y como á tal de su gefe y protector, el cual, no pudiendo recaer en otro que en los mismos padres, erigió en la persona de estos una magistratura paternal que, al mismo tiempo que dispensara su ayuda y proteccion á los hijos, velara por la observancia de los deberes de esta pequeña sociedad.

Mas como no solo debe considerarse la familia en el órden

natural, sino que además existen en ella otras relaciones análogas al estado social que se forma de su reunion ó asociacion, era necesario que el poder supremo de la sociedad interviniera en la determinacion de los derechos que hubieran de ejercer los padres para la mas fácil consecucion del fin social; y de aqui las reglas que en todas las naciones cultas hay establecidas prescribiendo los derechos que para la direccion de las familias hayan de disfrutar los que fueren gefes de ellas.

A la autoridad y derechos que en virtud de las leyes competen al gefe de la familia llamamos *pátria potestad*, cuya naturaleza y efectos examinaremos en la presente leccion.

§. II.

Naturaleza de la *pátria potestad* y su fundamento.

Las leyes 1.^a y 2.^a, tit. XVII, Part. 4.^a, dan el nombre de PATRIA POTESTAD *al poder que han los padres sobre sus hijos legítimos*, y segun esta significacion es ya fácil comprender la naturaleza de la *pátria potestad*, que no es mas que *el conjunto de derechos que la ley concede al padre sobre la persona y bienes de sus hijos legítimos constituidos bajo su poder*.

Esta facultad ó poder compete por derecho natural tanto al padre como á la madre, pues ambos á dos concurren á la procreacion y educacion de los hijos, y á los dos deben estos prestar ciertos oficios como en testimonio de agradecimiento. Las leyes civiles no se separan de estos principios racionales; pero al mismo tiempo han creido conveniente que para la mas fácil consecucion del fin social sea solo el padre á quien compete este poder en todo aquello que concierna al estado de sociedad.

Asi lo juzgaron los legisladores romanos, y asi tambien se halla admitido en nuestra actual legislacion, no obstante la doctrina de nuestros antiguos Códigos, como el Fuero Juzgo y varios fueros municipales, que en defecto del padre atribuyeron tambien á la madre este poder, queriendo sin duda evitar esa odiosa distincion tomada de la legislacion romana, por la que se niega absolutamente á la madre el ejercicio de esta autoridad, cuando nadie mejor que esta en defecto del padre

puede continuar en los oficios naturales y civiles que de ellas se desprenden.

Con el tiempo pudiera ser que se restableciera esta legislación, pues la vemos adoptada en el proyecto del nuevo Código, en el que, considerando sus redactores que las madres no tienen menos cariño por sus hijos que los padres, y atendiendo como es de suponer á que en la actual legislación tambien en defecto del padre se reconoce en la madre uno de los derechos mas importantes, cual es el de dar á los hijos su consentimiento para casarse, han propuesto que la madre suceda al padre en la patria potestad, y que en uno y otro solo permanezca mientras necesiten los hijos de direccion y defensa, ó sea hasta la mayor edad (1).

Todo esto nos hará comprender que, aunque la patria potestad toma su fundamento del derecho natural, sin embargo, pertenece á las leyes civiles el determinar los oficios que dimanen de este poder, asi como el designar la persona que lo haya de ejercer en orden al estado social.

La determinacion de estos oficios, será pues, una manifestacion de los efectos de la patria potestad, cuya estension y objetos á que se dirigen se hará ver en los párrafos siguientes.

§. III.

Efectos en general de la patria potestad y derechos del padre con respecto á la persona de los hijos.

Para espresar con claridad los efectos de la patria potestad los dividiremos en dos clases, á saber: unos que se refieren á la persona de los hijos, y otros á sus bienes. Unos y otros abrazan en sí ciertos derechos, y comprenden al mismo tiempo varias obligaciones, que para el mejor orden presentaremos con separacion.

Empezando por los efectos de la patria potestad relativamente á la persona de los hijos, los derechos del padre con respecto á ellos son los siguientes:

1.º Exigir de los hijos honra, servicio y ayuda en todo

(1) Artículos 164 y 144.

aquello que pudieren, como se lee en el proemio al tit. XIX, Partida 4.^a (1).

2.^o Castigarles por la falta de cumplimiento de sus obligaciones, pero con moderacion, segun previene la ley 9.^a, título VIII, Part. 7.^a, y obligarles á que vivan en su compañía no estando emancipados, como dispone la ley 10, tit. XVII, Partida 4.^a (2).

3.^o Repetir de los hijos alimentos en los casos en que los padres están obligados á darlos á ellos. Ley 2.^a, tit. XIX, Partida 4.^a (3).

4.^o Impedirles el matrimonio que intenten contraer si tuvieran para ello alguna causa y no se hallaren los hijos en la edad en que libremente pueden verificarlo. Ley 18, tit. II, lib. X, Novís Recop. (4).

5.^o Nombrarles sustituto pupilar, segun la ley 5.^a, tit. V, Part. 6.^a, cuyo derecho lo limita el nuevo Código á solo la parte de libre disposicion (5).

6.^o Darles tutor en testamento. Ley 3.^a, tit. XVI, Partida 6.^a (6).

7.^o Desheredarles tambien por testamento si concurrieren algunas de las causas que espresaremos al tratar de la desheredacion. Ley 2.^a, tit. VII, Part. 6.^a (7).

8.^o Egercer por los hijos que están bajo su poder todos los actos civiles, tanto en juicio como fuera de él, escepto en los casos que espresan las leyes, como es de ver por la 7.^a, tit. II, Part. 3.^a, y 3.^a, tit. IV, Part. 5.^a (8).

9.^o Finalmente, tienen derecho á heredarles por testamento y *ab intestato*. Ley 1.^a, tit. XX, lib. X, Novís. Recop. (9).

Tales son los derechos del padre sobre la persona de los hijos legítimos. Algunos de ellos son comunes á la madre, del mismo modo que lo son las obligaciones, de las cuales trataremos en el siguiente párrafo.

(1) Art. 143.

(2) Artículos desde el 145 al 149.

(3) Art. 70.

(4) Art. 51.

(5) Artículos 638 y 643.

(6) Art. 177.

(7) Artículos 667 y 672.

(8) Art. 146, y lo mismo se deduce del 277.

(9) Art. 641. núm. 2.^o, y 764.

§. IV.

Obligaciones de los padres con respecto á la persona de los hijos.

Las obligaciones del padre para con los hijos varones se hallan reducidas: 1.º, á darles alimentos; 2.º, á educarlos. Así consta de las leyes 1.ª y 2.ª, tit. XIX, Part. 4.ª Si fueren hijas, deben además darlas dote cuando se casaren, segun dispone la ley 8.ª, tit. XI, Part. 4.ª

Dejando para cuando tratemos de las dotes lo concerniente á esta obligacion, nos ocuparemos de las otras dos, que son comunes á los hijos de ambos sexos.

Empezando por la obligacion de darles alimentos, es de advertir que esta no debe considerarse solo como una emanacion de la patria potestad, puesto que las leyes la imponen á personas que carecen de este poder; pero como aun siendo esto así, en los padres es sobre quienes recae principalmente este deber, nos dirigiremos en primer término á estos, y solo en defecto de ellos á las demás personas que están tenidas á su cumplimiento en los casos que prescriben las leyes.

Para que pueda constar con claridad esta doctrina la dividiremos en tres partes, en las que se hará ver: 1.º, qué personas vienen obligadas á dar alimentos á los hijos; 2.º, modo de reclamar el cumplimiento de esta obligacion; 3.º, casos en que cesa.

Personas obligadas á dar alimentos á los hijos.

Las personas que deben alimentos á los hijos se hallan comprendidas en las siguientes reglas:

1.ª Existiendo el matrimonio, es carga de la sociedad conyugal alimentar á los hijos, y por lo mismo afectará á los dos consortes esta obligacion. Ley 2.ª, tit. XIX, Part. 4.ª (1).

2.ª No viviendo en union el padre y la madre, ora por haberse anulado el matrimonio, ora por haber intervenido separacion legal sin culpa de ninguno de ellos, ó siendo culpables

(1) Art. 68.

los dos, deberá la madre criar y alimentar á los hijos hasta la edad de tres años, y de esta edad en adelante el padre. Ley 3.^a del mismo título.

3.^a En caso de disolucion ó anulacion del matrimonio, ó de separacion legal por divorcio, al cual haya dado causa alguno de los dos, quedarán los hijos en poder del inocente; pero la obligacion de alimentarlos será siempre del culpable, sean mayores ó menores de tres años, como dispone la ley citada (1).

4.^a Si el consorte que tiene la obligacion inmediata de dar alimentos fuese pobre, corresponde al que fuere rico, y si los dos fuesen pobres ó hubieren fallecido, pasará á los abuelos esta obligacion. Ley 4.^a del mismo título (2).

5.^a Lo dicho es aplicable, no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los ilegítimos, con esta diferencia, que si son legítimos ó naturales reconocidos espresa ó tácitamente, en defecto del padre y madre entran en esta obligacion los ascendientes paternos, y si fueren espúreos recae solo en la madre y ascendientes maternos. Ley 5.^a del mismo título.

6.^a Esta obligacion es reciproca entre ascendientes y descendientes, sean legítimos ó ilegítimos, con sola la distincion de que á los legítimos se deben alimentos civiles, que son *aquellos que no se limitan á lo meramente necesario, sino que se estienden á lo que exige la condicion y circunstancias del que está tenido á prestarlos y del que los ha de recibir*, como espresa la ley 2.^a del mismo título (3); pero si los hijos fueren ilegítimos y hubiere tambien legítimos, no tienen mas derecho que á los alimentos naturales, que son *aquellos que se limitan á lo indispensable para subsistir*, pudiendo señalar los padres en este caso hasta el quinto de sus bienes, segun las leyes 6.^a y 8.^a, tít. xx, lib. x, Novis. Recop.

7.^a Finalmente, esta obligacion se trasmite á los herederos de los que deben darlos, escepto si fuere uno heredero del hijo que desheredó justamente á su padre, el cual no viene obligado á dar alimentos á este sino en el caso de que viniese á muy grande pobreza, como dispone la ley 6.^a, tít. xix, Partida 4.^a

(1) Art. 82.

(2) Art. 69.

(3) Artículos 70 y 71.

Modo de reclamar los alimentos.

Cuando alguna de las personas obligadas á dar alimentos, bien sea por la ley, como en los casos que acabamos de espresar, ó bien por efecto de algun contrato ó de disposicion testamentaria, se negare al cumplimiento de esta obligacion, deberá el agraviado acudir por medio de un escrito al juzgado de primera instancia, acreditando el título en cuya virtud se piden y justificando aproximadamente el caudal del que deba darlos.

Si en vista de lo alegado y justificado cree el juez procedente la reclamacion, designará la suma en que deban consistir los alimentos, y dictará providencia mandando que se abonen por meses anticipados; mas si no estuviere bastante acreditado el título porque se piden, denegará los alimentos. En uno y otro caso hay lugar á apelacion ante la audiencia territorial; con la diferencia que en este último se admite en ambos efectos, y solo en el efecto devolutivo con respecto al primero, pasando por lo mismo el juez á hacer efectiva la sentencia, exigiendo al obligado el pago de una mensualidad, hasta proceder al embargo y venta de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir su importe si no lo verificare.

Como acto de jurisdiccion voluntaria, no se admite en este espediente ninguna discusion, debiéndose sustanciar en juicio ordinario cualquiera reclamacion que se hiciere. Ley 7.^a, título xix, Part. 4.^a, y artículos 1210 á 1219 de la ley de enjuiciamiento civil.

Casos en que cesa la obligacion de dar alimentos.

La obligacion de dar alimentos á los descendientes y ascendientes entre sí cesa en los casos siguientes:

1.^o Por cometer el que los ha de recibir alguno de aquellos actos de ingratitud que son motivo suficiente para la desheredacion. Así aparece de la ley 6.^a, tit. xix, Part. 4.^a, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1), aunque algunos son de opinion que nunca pueden negarse los alimentos

(1) Art. 72

puramente naturales, infiriéndolo así del último caso que propone la ley de Partidas citada, y además por estar declarado con respecto á los hijos menores que casan sin consentimiento de los padres, el que no obstante de ser esta una causa de desheredacion, no queden privados del derecho á sus precisos alimentos. Ley 9.^a, art. 3.^o, tit. II, lib. X, Novis. Recop.

2.^o Cuando el que los hubiere de recibir tuviere lo necesario para su subsistencia, ó careciera de medios el que los hubiere de dar. Leyes 2.^a, 3.^a, 4.^a y 6.^a, tit. XIX, Partida 4.^a (1).

Fuera de estos casos, continúa en dichas personas esta obligacion en cualquiera época de su vida; de modo que si son hijos los que han de recibirlos, no cesa en los padres este deber aun cuando sean aquellos mayores de edad, y aunque hayan perdido estos la patria potestad por esponerlos ó abandonarlos, como lo declaró la ley 5.^a, artículos 25 y 26, tit. XXXVII, libro VII, Novis. Recop. (2): viniendo obligados por lo mismo á resarcir los gastos hechos con este motivo por aquel que los recogió, si habiendo sido la esposicion por una necesidad estrema, acordara el juez que volvieran al padre en caso de reclamarlos. Lo mismo aparece de las leyes 3.^a y 4.^a, tit. XX, Part. 4.^a

Finalmente, como complemento de la obligacion de dar alimentos, nos parece oportuno añadir que el derecho á estos no puede renunciarse (3) ni transigirse sobre los futuros dejados en testamento, á no ser con autoridad judicial, previo conocimiento de causa.

Además de la obligacion relativa á los alimentos, tienen los padres otra que cumplir para con sus hijos, la cual se refiere á su educacion (4). Esta, para el objeto que nos hemos propuesto examinar, comprende en sí la obligacion de haber de instruirles en la religion y la moral, y de hacer que se de diguen á una ciencia, arte ú oficio, segun su clase, á fin de que puedan ganar su subsistencia y sean miembros útiles á la sociedad. En caso de negligencia de los padres, las leyes

(1) Art. 72.

(2) Art. 83.

(3) Art. 73.

(4) Artículos 68 y 146.

han procurado atender á ella por medio de establecimientos de beneficencia, como es de ver por la ley 10, tit. xxxi, libro xii, Novís. Recop.

Con lo que acabamos de decir quedan determinados los efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos: veamos, siguiendo el mismo orden, cuáles son sus efectos con relacion á los bienes.

§. V.

Derechos de los padres con respecto á los bienes que adquieren los hijos.

Aun cuando la cualidad de *señor*, en la que es considerado el padre mientras los hijos están bajo su poder, segun se lee en el proemio al tit. xix, Part. 4.^a, hace que haya de ser suyo todo lo que estos adquieran, sin embargo, como las leyes han concedido tambien á los hijos algunos derechos sobre los mismos bienes, será preciso deslindar los que pertenecen á unos y otros.

Para mejor determinar estos derechos, estableceremos ante todo que las ganancias que hicieron los hijos mientras están bajo la potestad de sus padres, constituirán una especie de patrimonio particular, que para distinguirlo de los bienes del padre llamaremos *peculio*, el cual puede definirse por la misma razon, diciendo que es: *el caudal que tiene el hijo de familia con separacion de los bienes del padre*.

Este caudal puede proceder de varias causas, y de aquí el dividir las leyes el peculio en cuatro clases, á saber: en *castrense*, *cuasi castrense*, *profecticio* y *adventicio*. Ley 5.^a, tit. xvii, Part. 4.^a.

Se llama *PECULIO CASTRENSE*, segun la ley 6.^a del mismo título, *lo que adquiere el hijo de familia procedente de la milicia ó con ocasion de esta profesion*. El *CUASI CASTRENSE* es, segun la ley siguiente, *lo que adquiere en el ejercicio de la enseñanza ó en el desempeño de alguno de los oficios públicos, como juez, escribano ú otros semejantes, ó por donacion que le hace el Rey*. El *PROFECTICIO* lo que gana el hijo con los bienes del padre ó por consideracion á él, como dice la ley 5.^a del mismo título; y finalmente, se entiende por *PECULIO ADVENTICIO*, segun esta misma ley, *lo que gana por su*

trabajo, industria ó habilidad que tuviere, ó por donacion de algun extraño, ó por herencia de la madre y parientes de ella, ó por beneficio de la fortuna, como por egemplo, el hallazgo de un tesoro.

Asi se espresan las leyes de Partidas al clasificar las ganancias que hicieren los hijos mientras estuvieren bajo la potestad de los padres; y segun este orden, los derechos que competen tanto al padre como al hijo en cada uno de estos peculios, son los siguientes:

1.º En los peculios *castrense* y *cuasi castrense* los bienes son enteramente del hijo, tanto en propiedad como en usufructo, de modo que puede en vida disponer libremente de ellos, sin que el padre ni otro pariente pueda alegar derecho alguno sobre los mismos, segun dispone la ley 6.ª, tit. xvii, Partida 4.ª Tambien pertenece al hijo la administracion si este fuere mayor de edad; pero si fuere menor, el padre, como administrador legal, es quien puede únicamente representar al hijo en juicio y fuera de él.

Esto no obsta al derecho que con arreglo á lo prescrito en la ley 1.ª, tit. xx, lib. x. Novis. Recop., tiene el padre de suceder al hijo como heredero forzoso suyo, aun en los bienes *castrenses* y *cuasi castrenses*, lo cual se halla confirmado con respecto á los militares en el art. 17, titulo xi, tratado viii de las ordenanzas del ejército.

2.º En el peculio *profecticio* todos los bienes son del padre, tanto en propiedad como en usufructo: el hijo solo tiene la administracion, ó ejerce con ellos su industria, ó es el medio por donde llegan al padre los bienes que por consideracion suya recibió de alguno. Sin embargo, la ley 3.ª, tit. iv, Partida 5.ª, permite al hijo que pueda dar alguna cosa de los bienes profecticios á su madre, hermanos y demás parientes por razon de casamiento ú otro motivo justo, como igualmente al maestro que le esté enseñando alguna ciencia, arte ú oficio: añadiendo á esto los autores, que si el padre al emanciparlo no le quitara dichos bienes, se entiende que le hace donacion de ellos, pero con la obligacion de traerlos á colacion. Ley 31, párrafo ii, tit. v, lib. xxxix, Digesto.

3.º Finalmente, en el peculio *adventicio* pertenece al hijo la propiedad de estos bienes, y al padre el usufructo mientras

le tuviere bajo su potestad. Leyes 5.^a tit. xvii, Part. 4.^a, y 3.^a, tit. v, lib. x, Novis. Recop. No obstante ello, debe tenerse presente que si las ganancias que pertenecen á este peculio procedieran del ejercicio de algun oficio, arte ó industria en que se ocupare el hijo, y este fuere mantenido por su padre, deberá, ó entregarlas todas á este, ó en caso contrario quedará relevado el padre de la obligacion de darle alimentos, que, segun se ha dicho citando la ley 6.^a, tit. xix, Part. 4.^a, cesa cuando el hijo tuviere lo necesario para su subsistencia.

Estas mismas doctrinas se hallan admitidas con muy pocas diferencias por el nuevo Código, tanto en cuanto á la clasificacion de estos bienes, aunque no se espresen con los indicados nombres, como en cuanto á los derechos que sobre ellos tienen los padres y los hijos (1). Falta solo saber cuáles son las obligaciones de los padres con respecto á los mismos.

§. VI.

Obligaciones de los padres con respecto á los bienes que adquieren los hijos.

Para determinar las obligaciones del padre con respecto á estos bienes, debemos reproducir que en los *peculios castrenses* y *cuasi castrense*, como los hijos son los que pueden disponer libremente *inter vivos* de los bienes que les constituyen, los padres no tendrán sobre ellos otra obligacion que la de representar en juicio á sus hijos si fueren menores de edad, á no ser que tuvieran estos intereses encontrados con sus padres ó hubieren de litigar con ellos en lo perteneciente á estos peculios, que entonces deberán nombrar un curador *ad lites* para que los represente (2), compareciendo por medio de escrito ante el juez para dicho efecto. Artículos 1256 y 1258 de la ley de enjuiciamiento civil.

En el *peculio profecticio* se ha dicho que todo es del padre, y por lo mismo no se le puede exigir con respecto á este ninguna obligacion.

Las obligaciones, pues, recaen principalmente sobre el pe-

(1) Artículos desde el 150 al 155 inclusive.

(2) Art. 159.

culio adventicio, en el que, como hay derechos de parte del padre y del hijo, las leyes, para asegurar á este los que le corresponden, han impuesto al padre varias obligaciones, las cuales son las siguientes:

1.^a Haber de defender estos bienes en juicio y fuera de él, segun lo dispone la ley 5.^a, tit. xvii, Part. 4.^a; esto es, haber de representar al hijo ante los tribunales en los pleitos que por razon de dichos bienes se promuevan, y de intervenir en los contratos que se refieran á los mismos. Si el padre se negase á ello, se practicarán las diligencias que prescribe el tit. vii de la 2.^a parte de la ley de enjuiciamiento civil, á fin de obtener el hijo la habilitacion para comparecer en juicio.

2.^a Haber de restituir íntegros dichos bienes al hijo cuando se casare, segun la ley 3.^a, tit. v., lib. x, Novísima Recopilacion, ó solo la mitad de ellos en caso de emanciparle, quedándose el padre la otra mitad en premio del beneficio de la emancipacion, como espresa la ley 15, tit. xviii, Part. 4.^a

3.^a No poderlos enagenar en manera alguna, segun la ley 24, tit. xiii, Part. 5.^a; pero esto se entiende no habiendo causa justa en favor del hijo, como anota en su glosa Gregorio Lopez.

4.^a Inscribir en el Registro á favor del hijo los inmuebles si ya no lo estuvieren; y asegurar con hipoteca especial, si pudiese, los que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio, núms. 1.^o y 2.^o del art. 1.^o 202 de la ley Hipotecaria.

Con lo dicho nos parece que podrán fácilmente comprenderse los efectos de la patria potestad. Solo falta que veamos los modos cómo esta se adquiere.

§. VII.

Cómo se adquiere la patria potestad.

La ley 4.^a, tit. xvii, Part. 4.^a, establece ó designa cuatro modos por los que se adquiere la patria potestad, á saber:

1.^o Por el matrimonio celebrado segun manda la santa Iglesia.

2.^o Cuando habiendo contienda entre algunos sobre si eran padre ó hijo, se decidiera así en juicio.

3.^o Cuando habiendo sido emancipado el hijo, cometiera

este algun delito contra el padre por el que hubiera de volver á su poder.

4.º Por la adopcion.

Estos cuatro modos que espresa la citada ley pueden reducirse á solo dos, por estar incluido el segundo caso en el primero, y no ser el tercero un nuevo modo de adquirir la patria potestad, sino solamente una continuacion de ella, por haber faltado el hijo á la condicion que tácitamente iba incluida en el acto de la emancipacion.

Por estas razones, y atendiendo á que la ley 9.ª, título xv, Part. 4.ª, atribuye á la legitimacion los efectos de la patria potestad, diremos que esta se adquiere: por el *matrimonio*, por la *legitimacion* y por la *adopcion* ó *prohijamiento*; á cuyos tres modos añade el nuevo Código el reconocimiento de los hijos naturales, si bien no concede á estos ni á los hijos adoptivos los mismos derechos que á los hijos legítimos y legitimados (1).

De cada uno de estos modos se tratará en las siguientes lecciones, empezando por el matrimonio, como el modo mas natural y frecuente.

(1) Art. 170.

LECCION QUINTA.

DE LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO Y REQUISITOS QUE PRECEDEN Y ACOMPAÑAN A SU CELEBRACION.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Origen y naturaleza del matrimonio.—§. III. Sus especies.—§. IV. Requisitos que preceden á su celebracion, y utilidad de los esponsales.—§. V. Su naturaleza y personas á quienes se permiten.—§. VI. Sus efectos.—§. VII. Cómo se disuelven §. VIII. Doctrina de las leyes sobre el consentimiento paterno. §. IX. Personas que necesitan de licencia Real para casarse. §. X. Disposiciones acerca de las amonestaciones.—§. XI. Circunstancias que acompañan á la celebracion de matrimonio.

§. I.

Razon del método.

La amplitud de derechos inherentes á la pátria potestad por derecho natural y civil, exigia el que constase de un modo auténtico y solemne la persona que la pudiera ejercer, pues de lo contrario, no solo no se conseguiria el buen orden en las familias, sino que se daria lugar á que, confundiéndose las obligaciones naturales con las civiles, no pudiera apremiarse á los hijos al cumplimiento de estas últimas, por no estar legalmente reconocida la persona en cuyo obsequio debieran prestarse.

Partiendo de este principio, nuestras leyes no solamente establecieron que el padre verdadero del hijo, reputándose por tal al que indican las nupcias, es á quien compete la pátria potestad, si que al mismo tiempo señalaron otros modos por los que pudiera igualmente constituirse este poder.

De entre estos modos, el mas comun y frecuente es el que se verifica por el matrimonio, el cual, si bien no produce este efecto inmediatamente á su celebracion, es siempre la base y fundamento para que se consiga.

Siguiendo, pues, nosotros esta idea, hablaremos primera-

mente del matrimonio en el sentido espresado, manifestando en la presente leccion cuál es su naturaleza, y los requisitos que preceden y acompañan á este acto, á fin de que no se celebre inconsideradamente, y se eviten los perjuicios que se seguirian á la sociedad y á las familias si así no se verificase.

§. II.

Origen y naturaleza del matrimonio.

El matrimonio, instituido por Dios para la conservacion de la especie humana, es el medio mas útil que pueda imaginarse para su felicidad. Sin esta institucion careceria el hombre de toda sensibilidad, y limitadas sus necesidades á solo el individuo, seria un sér indolente y sin afan alguno en bien de sus semejantes, con quienes no le ligaria ningun vínculo.

Esta necesidad y utilidad, que á primera vista debemos confesar como obra del mismo Dios, ha dado lugar á que todas las naciones y tribus en que se dividen los hombres se hicieran un deber en establecer las reglas necesarias para que pudiera celebrarse legítimamente esta union, la cual elevada por Jesucristo á la dignidad de Sacramento, como lo declaró el Concilio de Trento en el cánón 1.º, Sess, 24 de Sacram. Matrim., es considerado entre los cristianos, al mismo tiempo que un contrato, un medio para su santificacion.

Bajo este supuesto, definiremos el matrimonio diciendo que es: *la union indisoluble que, con arreglo á las leyes canónicas y civiles, contraen varon y muger para la procreacion de la prole, su educacion y mútuo auxilio entre ellos.*

Segun las antiguas costumbres de España, se conocieron tres clases de uniones, calificadas por los Fueros Municipales con los nombres de *matrimonio solemne*, á juras, y de *barragania*, cuyos efectos anotamos en el párrafo v, leccion 11 de la primera parte de esta obra; pero además existen otras varias especies de matrimonios, ó varios modos de considerarse esta union, cuya naturaleza en cada uno de ellos se hace preciso determinar, para poder comprender los efectos que tanto el derecho canónico como el civil le atribuyen.

§. III.

Especies de matrimonios.

El matrimonio se divide ante todo en *legítimo*, *rato* y *consumado*. La mayor parte de los autores, considerando el matrimonio llamado *legítimo* en contraposición al *rato*, definen el primero diciendo que es *el que se contrae entre personas que no profesan la religion cristiana*; al contrario del *rato*, por el que entienden *aquel que se celebra entre los fieles, con arreglo á lo que prescribe la Iglesia*.

Mas atendiendo á que nuestras leyes al hablar del matrimonio legítimo se refieren siempre al celebrado en España en donde no se conoce otro de esta clase que el contraído *in facie Ecclesiae*, será preciso dar otra definición distinta de la que han dado los canonistas, los cuales, observando que entre los antiguos aparece como tal aquel que se contrae *secundum leges gentium*, tomaron por la palabra *gentium* á los gentiles ó infieles, siendo así que su significado natural en este caso es el de espresar una nacion.

Segun estas observaciones, pues, nos parece que el matrimonio legítimo debe decirse que es el que se contrae con arreglo á las leyes de cada nacion, y que por lo mismo entre nosotros será *el contraído con arreglo á las leyes canónicas y civiles de España*, el cual se llamará *rato* cuando no ha mediado la union de los cuerpos, y *consumado* cuando se hubiere verificado.

Se divide tambien el matrimonio en *verdadero* y *putativo*, y además, segun el derecho de las Decretales, en *presunto*.

VERDADERO se llama *aquel que se celebra en debida forma entre personas aptas para contraerlo*.

PUTATIVO *aquel que, siendo nulo por razon de algun impedimento dirimente, se reputa válido por haberse contraído ante la Iglesia ignorando el impedimento los dos cónyuges, ó al menos alguno de ellos*.

En este matrimonio es de advertir que los hijos son legítimos, y subsisten en él los demás efectos de un matrimonio

verdadero mientras los cónyuges ignoren el impedimento, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1).

PRESUNTO era *aquel que se deducia de algun hecho que hacia presumir el consentimiento en el matrimonio*; tal, por ejemplo, como si despues de la promesa de casamiento entre dos personas, hubiera habido entre ellos ayuntamiento carnal; pero este enlace ya no tiene ningun uso por haberlo declarado nulo el Concilio de Trento con el hecho de haber determinado la forma con que debe celebrarse el matrimonio para su validez. Cap. 1, Sess. 24 de Reform. Matrim.

Finalmente, hay además otras dos especies de matrimonios, á saber: el llamado de *conciencia* y el de *desigual condicion*, al menos con respecto á las personas reales.

Se llama matrimonio de conciencia *aquel que, prévia la autorizacion del Obispo, se celebra ante el párroco y testigos con la condicion de haber de permanecer oculto*.

Aunque la Iglesia prescribe que los matrimonios hayan de celebrarse con la mayor publicidad, fue poco á poco introduciéndose por la mala índole de los hombres el abuso de verificarse con el mayor secreto. Males de mucha trascendencia que cada cual puede fácilmente comprender, exigian un pronto remedio; y para conseguirlo, el Papa Benedicto XIV dictó algunas disposiciones, publicando al efecto la Bula *Satis vobis* que aparece en el tomo primero de su Bulario, núm. 35, en la que se contiene cuanto puede desearse para que en los casos en que por algun motivo grave se permitan estos matrimonios, se eviten los daños espirituales y temporales que pudieran originarse de su celebracion.

No es de nuestro instituto ocuparnos de cada una de las reglas que en esta Bula se prescriben: baste en general advertir, que obtenido el permiso del Obispo y celebrado ya el matrimonio, debe el ministro asistente estender una acta ó partida de su celebracion, con espresion del lugar, dia y testigos, y presentarla á dicho prelado, quien la mandará transcribir en un libro que, sellado y cerrado, debe custodiarse en su curia.

Si hubiere prole, se bautizará á su tiempo en la iglesia,

(1) Art. 93.

sin necesidad de espresar el nombre de los padres, á fin de que no se descubra el matrimonio de que proceda; pero quedarán estos obligados á hacerlo saber al Obispo por sí ó por otra persona, dentro de treinta días, contados desde el nacimiento, espresando por escrito el lugar y día del bautismo, así como si se omitieron los nombres de los padres, ó si lo fué con otros supuestos; todo lo cual con los verdaderos nombres se transcribirá en otro libro que, además del de matrimonios, debe custodiarse en la curia con las precauciones ya referidas.

Cumpléndose estos requisitos, continuará oculto el matrimonio: de otro modo lo mandará hacer público el Obispo, por haber faltado los padres á las condiciones de su celebracion.

Tal es, en general, el contenido de la mencionada Bula, cuyas disposiciones se hallan confirmadas por el nuevo Código con el hecho de mandar que se observe lo que con respecto al matrimonio de conciencia prescriban las Bulas pontificias admitidas en España (1).

El otro matrimonio es el de *desigual condicion*, el cual no es mas que *el celebrado entre personas que, gozando de distinta posicion social, pueden introducir algun desórden en las familias*. De esta clase eran los que, en tiempos en que la nobleza formaba una clase particular del Estado, se celebraban entre nobles y personas de humilde condicion, ó los que aun en el día pudieran contraerse con alguna persona cuya profesion ú oficio no le permitiéran alternar con las demás clases de la sociedad, ó finalmente, los que las personas Reales contrajeran con las que carecen de esta cualidad.

De todas estas clases de matrimonios desiguales, aunque las leyes hayan procurado impedir su celebracion para evitar los perjuicios que de ellos pueden seguirse al Estado y á las familias, sin embargo, solo en los últimamente espresados aparecen de lleno los efectos de la desigual condicion de los casados, aun despues de celebrados con los requisitos necesarios.

Así consta de la ley 9.^a, tit. II, lib. X de la Novísima Recopilacion, en la que se dispone que en los casos en que se haya verificado este matrimonio no puede la persona Real que

(1) Art. 374.

lo hubiere contraído gozar de los títulos, honores y privilegios que le conceden las leyes de estos reinos, ni puedan suceder en ellos sus descendientes, ni usar aun de los apellidos y armas de la casa, de cuya sucesión se les priva, sino solo del apellido y armas del padre ó madre que ha causado la desigualdad.

En los demás matrimonios en que aparezca esta desigualdad de condicion entre los contrayentes, si bien ha procurado la ley evitarlos, obligando á los hijos de familia á que obtengan el consentimiento de sus padres, y exigiendo de otros la consecucion prévia de la Real licencia, no obstante, en los casos en que se hayan contraído válidamente, el único efecto que produce en los contrayentes si no han cumplido con los referidos requisitos será la sujecion á ciertas penas en unos, y la privacion en otros de sus honores y grados; pero no se alterará en la prole el derecho á la sucesion y apellido de sus padres, como se observa en los otros enlaces.

Con lo dicho queda manifestado qué sea matrimonio y cuáles son sus especies. Veamos ya cuáles son los requisitos que preceden á su celebracion.

§. IV.

Requisitos que preceden al matrimonio, y utilidad de los esponsales.

Tres son, generalmente hablando, los requisitos que preceden al matrimonio, á saber: *los esponsales; el consentimiento paterno en los hijos de familia que no han llegado á las edades que prescriben las leyes, y las amonestaciones ó proclamas.*

Empezando por el primer requisito, que es el de los esponsales, debemos advertir que si se atiende al modo cómo han de celebrarse en España para que puedan producir efecto en el fuero esterno, no siempre preceden al matrimonio, por no ser muy frecuente que se escripture esta promesa, cuya cualidad exige la ley 18, tit. II, lib. x, Novis. Recop.; pero si se atiende á la esencia de dicha promesa, entonces hemos de decir que siempre preceden, por no poderse dar caso alguno en que sin haber mediado pacto de casarse se presenten las personas á recibir el Sacramento del Matrimonio.

En cuanto á su utilidad, bastaria considerar la antigüedad

de esta institucion, su uso casi general entre las naciones bajo formas determinadas, y el hallarse reconocidos por la Iglesia desde sus primitivos tiempos, para convencernos de su importancia; pero además tenemos razones que la justifican.

Entre ellas merece una particular atencion el haberse de procurar que los jóvenes no se empeñen con precipitacion en celebrar el matrimonio, que, siendo una sociedad indisoluble, produciria funestas consecuencias si antes no estaban unidos los corazones por el afecto; y ningun medio mas propio que los esponsales, con los que, en el tiempo que media hasta la celebracion del matrimonio, podrán conocer mutuamente los contrayentes sus hábitos, inclinaciones y costumbres, y deliberar con premeditacion si les es conveniente.

Además, formando los hijos economía aparte por el matrimonio, no se presentan desde luego los medios para realizar esta separacion; y aun cuando existieran estos por facilitar los padres lo necesario, median antes las escrituras que se otorgan de las capitulaciones matrimoniales y cartas dotalas, que demuestran la existencia de un trato hecho ó promesa de casamiento, sin la cual, ni habria lugar á que se prepararan estos medios, ni se podria pasar á su celebracion.

A pesar de estas reflexiones, el nuevo Código no reconoce esponsales de futuro, y manda que no se admitan demandas sobre ellos, ni en los tribunales civiles ni en los eclesiásticos (1); pero como la Iglesia tiene establecido que los esponsales, además de ser un impedimento impediendo produzcan otro dirimente, llamado de *pública honestidad*, y para este efecto eclesiástico no se requiere una forma especial con que hayan de celebrarse, segun el decreto de la Congregacion del Concilio de Trento de 19 de Diciembre de 1596, debemos decir que, aunque se aprobare el referido artículo, no se puede alterar lo dispuesto por la Iglesia en cuanto al efecto expresado.

Con las reflexiones que acabamos de hacer, podrá conocerse la utilidad de los esponsales; veamos cuál es su naturaleza y las personas que los pueden contraer.

(1) Art. 47.

§. V.

Naturaleza de los esponsales, y personas á quienes se permite su celebracion

Los esponsales, cuya palabra se deriva de la latina *spondeo*, como espresó el mismo Rey Sábio en la ley 1.^a, tit. 1, Part. 4.^a, son la *promesa de casarse que se hacen mutuamente varon y muger con recíproca aceptacion*.

Aunque, segun la definicion que acabamos de dar, los esponsales se refieren al matrimonio futuro, sin embargo, para quitar cierta ambigüedad que se notaba en algunos monumentos antiguos, en los que se atribuia á las palabras *esponsales* y *esposos* una fuerza ó efecto que no les convenia, distinguieron los escolásticos y canonistas dos clases de promesas matrimoniales, á saber: unas que se llamaban *esponsales de presente*, con cuyo acto entendian el consentimiento en el matrimonio que se estaba celebrando, y otras llamadas *esponsales de futuro*, que las referian al matrimonio que se habia de celebrar.

Mas esta distincion, aunque aprobada por los Sumos Pontífices, segun consta del cap. 1, tit. 1, lib iv, de las Decretales de Gregorio IX, é incluida en la ley 2.^a del título y Partida citada, dejó de tener ya uso desde que, habiendo declarado el Concilio de Trento nulos los matrimonios que se celebraren en otra forma que la que él prescribe, cesaron los efectos que los antiguos atribuian á los *esponsales de presente*; considerándolos como unos matrimonios; y por lo mismo solo se reconocen en la actualidad como subsistentes los *esponsales de futuro*, que son los que hemos definido.

Estos pueden contraerse puramente y con condicion, no habiendo entre ellos otra diferencia sino la de que los primeros obligan desde luego, salvo si se hubiese señalado un tiempo para la celebracion del matrimonio, y los segundos únicamente obligan cumplida la condicion.

Unos y otros pueden celebrarse por palabras, ó por señales manifestas, así entre presentes como entre ausentes por medio de procurador; pero para que sean válidos y produzcan los efectos que les son propios, son necesarios los requisitos siguientes:

1.º El consentimiento de ambos contrayentes dado con conocimiento y libertad.

2.º El de sus padres ó personas á quienes se refiere la ley de 20 de Junio de 1862.

3.º Que en las condicionales no se oponga al fin del matrimonio la condicion que se pusiere.

4.º Que los contrayentes no tengan alguno de los impedimentos en los que no cabe dispensa.

5.º Que se otorguen con escritura pública, como previene la ley citada.

6.º Que si se contraen por procurador, no se hayan revocado los poderes antes de su celebracion.

Con estos antecedentes será ya fácil determinar las personas que pueden ó no contraer esponsales, y cuándo serán estos válidos ó nulos. Sin embargo, para mayor claridad diremos que no pueden contraerlos los faltos de juicio, como locos, furiosos, mentecatos, infantes, por no tener ninguno de ellos conocimiento para poder consentir; pero sí que los pueden contraer los impúberes, si bien no tendrán fuerza obligatoria mientras no los ratifiquen por hechos ó palabras al llegar á la pubertad, como dispone la ley 6.ª, tit. 1, Part. 4.ª

No haciéndose así, serán nulos los de unos y otros, del mismo modo que lo serán los de aquellos que, habiendo dado su consentimiento con error ú obligados á ello por fuerza ó miedo, no se ratificasen en él, advertido el error ó hallándose con libertad; é igualmente lo serán tambien siempre que faltare alguno de los requisitos espresados.

Solo, pues, se considerarán como válidos los que se celebraren con dichos requisitos, y como tales producirán los efectos legales que espondremos á continuacion.

§. VI.

Efectos de los esponsales.

Entre los efectos que producen los esponsales, el primero es la obligacion reciproca de casarse, la cual es tal, que aquel que se resistiere á cumplirla podrá ser demandado ante el tribunal eclesiástico si se han celebrado con escritura pública y existe el consentimiento de los padres ó curadores en los casos

que ha de exigirse, segun se halla declarado por las leyes 7.^a, tit. i, Part. 4.^a, y 18, tit. ii, lib. x de la Novis. Recop.

Mas á pesar de lo dispuesto por estas leyes relativamente á esta obligacion, nunca podrá considerarse esta como eficaz y absoluta, por no haber fuerza humana que pueda obligar á uno á que consienta en aquello que realmente resiste. Podrá, es verdad, ser compelido con penas y censuras, como dijo el Papa Alejandro III, cap. ix de Sponsalib. Decr. Greg. IX, y será válido el matrimonio que para librarse de ellas se celebre; pero los tristes é infelices resultados que puedan producirse siempre serán un obstáculo para usar desde luego los medios de coaccion, debiendo mas bien usarse de las amonestaciones, como sábiamente respondió el papa Lucio III, segun consta por el cap. xvii de Sponsalib. de las mismas Decretales.

No obstante, si fueran infructuosas las amonestaciones y existieren causas de gravedad, no habrá inconveniente en que se utilicen los medios coactivos, los cuales por parte del juez eclesiástico serán las censuras y el negar la licencia para casarse con otra persona, y por parte del juez secular serán el condenarle, si fuere esposo, á indemnizar á la esposa de los perjuicios que se le siguieren por esta causa, y á haber de perder las donaciones y arras que hubiere dado, ó restituir dobladas las que hubiere recibido, segun consta de las leyes 84, título viii, Part. 3.^a, y 1.^a, tit. xi, Part. 4.^a, cuyos medios son los únicos de que en tal caso pueden valerse los tribunales, por estar mandado en la ley 18, tit. ii, lib. x, Novisima Recopilacion, que en las demandas de esponsales se proceda en ellas como asuntos puramente civiles.

Esto no impide que, cuando se haya causado un agravio al honor de la muger por *violacion*, *estupro* ó *rapto*, puedan utilizarse las acciones judiciales que conceden las leyes. Qué actos se califican como tales, y qué penas hayan de imponerse por ellos, lo determinó el Código penal en los artículos desde el 363 al 372, bastando para proceder en las causas de violacion, ó en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, la denuncia de la persona interesada ó de sus padres, abuelos ó tutores, hecha por escrito ó de palabra, ante el alcalde constitucional ó juez de primera instancia, aunque en las de estupro sea necesario que se formalice la instancia por la agraviada, ó por su

tutor, padres ó abuelos, celebrando antes el juicio de conciliacion.

El otro efecto de los esponsales es el ser un impedimento impediende, en virtud del cual, la persona que se halla dispuesta á cumplir su promesa podrá, mientras permanezca soltera, impedir á la otra que contraiga matrimonio.

Finalmente, producen los esponsales, aun los no escriturados, una cuasi afinidad entre uno de los esposos y los parientes del otro; y en su consecuencia, no podian antiguamente casarse ni los de la esposa con el esposo, ni los de este con aquella, cuya prohibicion ha quedado hoy reducida solamente á los parientes del primer grado, en caso de ser los esponsales válidos, como decretó el Concilio de Trento en la Sess. xxiv de Refor. Matrim., cap. iii, la cual continuará aunque despues se disuelvan.

§. VII.

Modo de disolverse los esponsales.

Siendo la obligacion que producen los esponsales tal como se acaba de esponer en el párrafo anterior, era consiguiente que las leyes procedieran con alguna amplitud en el señalamiento de las causas por las que pudieran disolverse. Estas son las siguientes:

1.^a Por el mútuo disenso de los que lo celebraron, el cual se hará constar por escritura pública en los contraidos con esta solemnidad.

2.^a Por el matrimonio con otra persona, ó por haber recibido el varon las sagradas órdenes, ó haber entrado cualquiera de ellos en Religión, al menos en cuanto á la parte que queda en el siglo, ó por parte de los dos si se hubiere hecho ya la profesion.

3.^a Por haberse faltado á la fidelidad teniendo ayuntamiento carnal con otra persona, la cual, si fuere pariente del otro esposo hasta el segundo grado, producirá además un impedimento dirimente de afinidad ilícita, cuya dispensa habrá de obtenerse en caso que la parte inocente quisiera llevar á efecto el matrimonio, ó si estando ignorante instara su celebracion.

4.^a Por haber experimentado alguno de los esposos una grande alteracion en su salud, en sus bienes, ó en el estado de su razon.

5.^a Por ausencia de uno de ellos á tierras distantes sin saberse su paradero, y haber trascurrido tres años, bastando por derecho canónico solo la ausencia del esposo sin conocimiento de la esposa para que esta desde luego quede libre de la obligacion.

A todos estos casos designados en las Decretales y en la ley 8.^a, tit. 1, Part. 4.^a, añaden los escritores de derecho civil y canónico otros diferentes, lo cual nos hace confirmar en la idea de que, aun cuando las leyes espresen las causas que hemos indicado, á los jueces les pertenece apreciar las que fuera de estas propusieran los esposos, y hallándolas razonables, dar lugar á la disolucion de los esponsales, antes que usar de medios de coaccion. El tribunal adonde debe acudirse en tal caso es el Eclesiástico.

Si la utilidad de los esponsales nos obliga á considerarlos como uno de los requisitos que preceden al matrimonio, no lo es menos la circunstancia de haber de mediar para este acto el consentimiento paterno, al menos en las personas de ciertas edades, y por lo mismo será preciso esponer la doctrina de las leyes sobre este consentimiento.

§. VIII.

Doctrina de las leyes sobre el consentimiento paterno para la celebracion de los esponsales y matrimonio.

Otro de los requisitos que preceden á la celebracion de esponsales y matrimonio, es el consentimiento ó consejo de los padres ó personas que en su caso les reemplacen.

Varias son las disposiciones civiles en que así se previene; pero como de aplicacion práctica, solo citaremos la ley de 20 de Junio de 1862, derogatoria de la Pragmática sancion de 28 de Abril de 1803, que era la vigente hasta aquella fecha.

De dicha disposicion, resulta:

1.^o Que el hijo de familia que no ha cumplido 23 años, y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno (art. 1.^o de la ley).

2.^o Que á falta de padre, ó hallándose este impedido para

prestarlo, corresponde la misma facultad á la madre, y sucesivamente en iguales circunstancias, al abuelo paterno y al materno, pero nunca á las abuelas.

Si se ignorare el paradero de aquellos; se sospechase su muerte, ó se encontraren en punto en que fuera necesario invertir mas de un año para comunicarse y obtener respuesta, se seguirán las reglas que el derecho civil tiene establecidas para estos casos, pudiendo servir tambien de norma para resolver cualquiera cuestion que con dicho motivo se suscitare, lo dispuesto en el art. 1367 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3.º Que á falta de madre y abuelos paterno y materno, corresponde la facultad de prestar su consentimiento al curador testamentario y al Juez de primera instancia sucesivamente, los cuales en tal caso deberán proceder en union con los parientes mas próximos del huérfano; pero la necesidad de obtenerlo de las referidas personas cesa si los contrayentes, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de 20 años.

Bajo la denominacion de curadores testamentarios, de que usa la ley, se hallan comprendidos, no solo los nombrados por el padre, madre ó abuelos en su testamento, si que tambien los que lo fueren por personas estrañas en los casos en que esto acontece; pero no los *ad litem*, ni los elegidos por los mismos huérfanos.

Carecerán, sin embargo, los curadores de autoridad para prestar su consentimiento, cuando el matrimonio proyectado por los menores constituidos bajo su custodia, lo fuese con pariente de aquellos dentro del cuarto grado civil; prohibicion establecida por la ley con el objeto de evitar que alguna mira interesada pueda en tales casos comprometer la imparcialidad que debe siempre acompañar á sus resoluciones.

Tambien, y por igual motivo, prohibe el art. 402 del Código penal á los tutores y curadores, que puedan prestar su consentimiento á sus hijos ó descendientes para contraer matrimonio con la persona que tuvieren ó hubieren tenido en guarda, antes de la aprobacion legal de sus cuentas, con cuya doctrina se halla asimismo conforme el proyecto de nuevo Código.

En el caso en que tanto el curador como el Juez han de proceder en union con los parientes del huérfano, la junta de estos deberá componerse:

1.º De los ascendientes del menor.

2.º De sus hermanos mayores de edad, y de los maridos de las hermanas de igual condicion, viviendo estas. El fundamento de este derecho que concede la ley á los maridos de las hermanas del huérfano, que han cumplido la edad de 25 años, no es otro, en nuestro concepto, que el vínculo de parentesco con el mismo contraído por razon del matrimonio; y siendo así, creemos que solo existiendo este, podrá subsistir aquel, y y que cesará desde el momento en que dicho vínculo se disuelva ó relaje, bien sea por haber muerto sus mugeres, ó bien por hallarse legalmente separados de las mismas, en virtud del divorcio.

3.º A falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número de cuatro vocales, con los parientes mas allegados varones y mayores de edad, elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre, prefiriéndose en igualdad de grado á los que sean de mas edad.

En el silencio de la ley respecto á quienes deben reputarse parientes para este efecto, nos inclinamos á creer lo sean los comprendidos en los grados que la ley de 16 de Mayo de 1835, designa para el caso de las sucesiones intestadas.

La asistencia á la junta es obligatoria á aquellos parientes que residen en el domicilio del huérfano, ó en otro punto que no diste mas de seis leguas del en que haya de celebrarse la misma, y á los que dejen de concurrir, no teniendo para ello causa legítima, se les impondrá una multa que no excederá de diez duros: á los que residan fuera del rádio de seis leguas, se les deberá tambien citar, si bien la distancia podrá servirles de justa causa de excusa.

En todo caso formará parte de la junta, el pariente de grado y condicion preferentes, que espontáneamente concurra, aunque no hubiere sido citado.

A falta de parientes, se completará la junta con vecinos honrados elegidos por el juez de primera instancia, ó el de paz en su caso, y siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.

La convocacion y presidencia de esta junta, corresponde al juez de primera instancia del domicilio del huérfano, cuando

segun la ley, le toca prestar su consentimiento; y en los demás casos al juez de paz, quienes señalarán dia para su reunion; la cual deberá efectuarse dentro de un breve término, que fijarán en proporcion á las distancias.

Los llamados á la junta, comparecerán personalmente ó por medio de apoderado especial, en cuyo caso, este no podrá representar mas que á uno solo de los convocados; pues de entenderse á varios su representacion, pudiera resultar la anomalía, de que siendo encontrados los pareceres de sus poderdantes, viniese á representar en la junta distintas opiniones. La calificacion de las escusas de los parientes y la imposicion en su caso de la correspondiente multa, corresponde al juez que presida la junta, bien sea el de paz ó bien el de primera instancia; como asimismo, elegir los vecinos honrados llamados por la ley á falta de parientes.

Las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó exclusion de algun pariente se resolverán en acto previo y sin apelacion por la misma junta en ausencia de las personas interesadas. Solo al pariente que se halle en grado y condiciones de preferencia, esto es, aquel que aunque no citado por el juez, tiene sin embargo derecho á concurrir y formar parte de la misma, segun arriba dijimos, es el que podrá solicitar su admision. Las recusaciones de los mismos se propondrán únicamente por el curador ó por el menor, y siempre con expresion de motivo; siendo en nuestro concepto para este caso justas causas de recusacion, todas aquellas que á juicio de la junta puedan producir alguna parcialidad en el ánimo del recusado. El silencio de la ley en punto á quienes pueden reclamar las exclusiones, nos autoriza á creer lo sean, no solo el curador y el menor, sino tambien los demás parientes que concurren á la junta; pero como quiera que sea, es lo indudable, que acordada la exclusion de algun pariente, ha de entrar á reemplazarle aquel á quien por derecho le corresponda.

Cuando de la resolucion de la junta, resultase la necesidad de una nueva sesion, se fijará por el presidente el dia en que deba celebrarse.

El curador del menor deberá asistir á la junta y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes, respecto á la ventaja ó inconvenientes del enlace proyectado. Esta obligacion

que la ley impone á los curadores, no es susceptible de renuncia, y por tanto, en nuestro concepto, si dejase de concurrir sin tener para ello una causa legitima, puede ser apremiado para que lo verifique, disintiendo en esta parte de la opinion de algunos intérpretes, que juzgan su falta voluntaria de presentacion como un consentimiento tácito.

El curador y el juez de primera instancia en su caso, emitirán su voto con separacion de los parientes, de modo que el de aquellos, equivaldrá al de todos estos reunidos. Cuando el del curador ó el del juez de primera instancia no concordasen con el de la junta, prevalecerá el que fuere favorable al matrimonio, de modo que para que este deje de llevarse á efecto, es de absoluta necesidad que uno y otro le sean contrarios.

Si resultare empate en la junta presidida por el juez de primera instancia, dirimirá este la discordia, pero en las presididas por el juez de paz, la dirimirá el pariente mas inmediato; y si hubiere dos en igual grado, ó la junta se compusiere de vecinos, corresponde este derecho al de mayor edad.

Las deliberaciones de la junta de parientes serán absolutamente secretas; y el escribano y secretario del juzgado intervendrán solo en las votaciones y estension del acta, la cual deberán firmar todos los concurrentes, y contendrá únicamente la constitucion de la junta y las resoluciones y voto de la misma, y los del curador y juez en sus casos respectivos.

El motivo que ha tenido el legislador al prescribir que las deliberaciones de la junta de parientes sean absolutamente secretas, y al limitar la intervencion del escribano ó secretario del juzgado á los solos puntos que dejamos referidos, es como fácilmente se comprende el deseo de evitar que en ningun tiempo sufran menoscabo alguno en su reputacion y buen nombre tanto los individuos como las familias; pues pudiera asi suceder si se hiciesen públicos en algunas ocasiones argumentos utilizados durante la discusion.

Los hijos naturales no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos. (Art. 42.) Nada dice la ley al ocuparse de esta clase de hijos, sobre si deben ó no obtenerlo en primer término de su padre ó de su madre. Nosotros atendiendo por una parte al contenido del artículo 43, en donde se dispone que los *demás ilegítimos* solo tendrán obli-

gacion de impetrarlo de su madre, y por otra al texto de la ley que escluye solamente á los abuelos, somos de parecer, que si se trata de hijos naturales reconocidos, la facultad de otorgarles ó denegarles su consentimiento para contraer matrimonio, compete en primer lugar al padre y sucesivamente á la madre, en la propia forma establecida por la ley al ocuparse de los legítimos. Tampoco necesitan de la intervencion de los parientes cuando el curador ó el juez son llamados á darles su permiso. (art. 12.)

Respecto de los demás ilegítimos, segun arriba queda dicho, solo tendrán obligacion de impetrar el consentimiento de la madre. Una duda puede aquí suscitarse, y es: si bajo la denominacion de *los demás ilegítimos* de que se vale la ley, se hallan ó no comprendidos los nacidos de dañado y punible ayuntamiento, y los de personas ligadas con voto solemne de castidad. Nosotros, siguiendo en esta parte el parecer de eminentes jurisconsultos, no vacilamos en resolver la cuestion en sentido negativo. La razon de ello es, porque además de privar nuestras leyes pátrias á dicha clase de hijos de varios derechos civiles, segun mas adelante tendremos ocasion de observar, no podria, sin causarse con ello una ofensa á la pública moralidad, obligar á las madres á reconocer como hijos á los que han sido fruto de uniones tan punibles. Creemos por tanto, que con aquellas palabras ha querido referirse la ley simple y esclusivamente á los hijos conocidos en el derecho con el nombre de espúreos.

A falta de madre corresponde la facultad de conceder ó denegar su permiso al curador, si lo hubiere, y en su defecto, al juez de primera instancia, sin que en ningun caso tengan para ello que convocar á los parientes, ni menos á los vecinos, pues estos solo son llamados en lugar y á falta de aquellos.

Los gefes de las casas de espósitos, por el carácter de curadores de estos que la ley les atribuye, tienen tambien el derecho de intervenir en los matrimonios que proyecten los mismos concediéndoles ó denegándoles su consentimiento.

A diferencia de lo que por la legislacion anterior se hallaba dispuesto, contra el disenso de las personas autorizadas por la ley para conceder ó denegar su permiso á los menores que deseen contraer matrimonio, no se admite recurso alguno; si bien

de conformidad con aquella, se exime á las mismas de la necesidad de espresar las razones en que se funden para rehusarlo. (art. 14.)

Los hijos legítimos mayores de 23 años, y las hijas mayores de 20, aunque no necesitan obtener el consentimiento de sus padres, tienen no obstante la obligacion de pedirles *consejo*, el cual, á falta de aquellos, deberá tan solo solicitarse de los abuelos paterno ó materno, por el orden y en la forma que hemos dejado espuesto al tratar del consentimiento.

Si el consejo no les fuese favorable, no podrán casarse hasta despues de trascurridos tres meses desde la fecha en que le pidieron; y la peticion del mismo deberá acreditarse por declaracion del que hubiere de prestarlo, ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal. (art. 15.)

La pragmática de 1776 imponia la obligacion de pedir este mismo consejo paterno á los hijos mayores de 25 años; y aunque la de 1803 calló sobre este particular, la nueva legislacion, sin embargo, ha juzgado conveniente acomodarse á la antigua en esta parte, y en nuestro concepto, con razon, pues además de que con la peticion del consejo dán los descendientes á sus ascendientes una muestra de la deferencia y respeto que en todo tiempo deben merecerles, se consigue que aquellos puedan durante los tres meses que deben trascurrir hasta la celebracion de su matrimonio, si dicho consejo les fuese adverso, meditar con detenimiento sobre sus inconvenientes ó ventajas, y aun desistir de un enlace proyectado tal vez en un momento de obcecacion.

Finalmente, si los hijos á quienes la ley obliga á pedir consejo á sus padres, ó en su defecto á las demás personas que arriba hemos mencionado, dejasen de verificarlo, ó habiéndolo hecho y resultándoles adverso, casasen antes del tiempo prefijado por la ley, para que pueda llevarse á efecto el matrimonio, incurrirán en la pena marcada en el art. 399 del Código penal, y el párroco que lo autorizare en la que establece el art. 403 del propio Código.

§. IX.

Personas que necesitan de licencia Real para casarse.

A dos clases podemos reducir las personas que necesitan para casarse haber obtenido la licencia de S. M. ó de las autoridades. Consejos y direcciones que designen las leyes, á saber: unas que pertenecen á las altas categorías de la sociedad en el estado civil, y otras que pertenecen á la clase militar.

Entre los de la primera clase, se cuentan:

1.º Los infantes y demás personas Reales. Ley 18, tit. II, lib. x, Novís. Recop.

2.º Los grandes de España; juntamente con los llamados á la sucesion de la grandeza y los títulos de Castilla. Ley 9.^a, id.

3.º Los alumnos de ambos sexos de los colegios militares y demás que se hallen bajo la inmediata Real proteccion. Leyes 11, 12 y 13, id.

4.º Los consejeros y ministros togados de todos los tribunales del Reino, que la deben pedir al gobernador del Consejo. Ley 9.^a, id.

5.º Los caballeros de las cuatro órdenes militares, que la han de obtener del Consejo de las órdenes, y los de la orden de Carlos III, de la Asamblea. Ley 19, id.

A pesar de no estar derogadas estas leyes, algunas de ellas han caído en desuso, quedando en su fuerza y vigor la que se refiere á las personas Reales, las cuales deberán pedir únicamente á S. M. la licencia correspondiente, sin ser necesaria la autorizacion de las Córtes, ni en el matrimonio de S. M. ni en el de su inmediato sucesor, como se halla sancionado en el título VI de la Constitucion de 1845.

En los de la clase militar hay unos que necesitan licencia Real, y otros solo de los respectivos directores é inspectores generales de las armas, ó de algunos gefes inmediatos suyos.

Necesitan Real licencia:

1.º Los gefes y oficiales del ejército y armada, desde la plaza de Capitan general hasta la de subteniente, incluso los

sargentos que tuvieran graduacion de oficial y los cadetes y demás alumnos que se hallen en algun colegio bajo la inmediata Real proteccion. Ley 9.^a, nota 5.^a, tit. II, lib. X, Novis. Recopilacion, y Real órden de 31 de Agosto de 1784.

Esceptúanse los matrimonios que por motivos de conciencia celebraren los oficiales en peligro de muerte, en los cuales suplicará la Real licencia el militar de mayor graduacion del pueblo de su residencia, atemperándose en un todo á lo prevenido por Real órden de 9 de Marzo de 1833, si bien la muger é hijos de tal matrimonio no tendrán opcion al Monte-Pío.

2.º En el cuerpo político del egército y armada, el intendente general y los de distrito; los comisarios de guerra y oficiales de la administracion militar; los intendentes comisarios ordenadores; los secretarios de todas las capitanías generales del reino; el contador y oficiales de la contaduria de penas de cámara del tribunal supremo de Guerra y Marina, y su depositario, escribanos y demás que se hallen incorporados en el Monte-Pío militar; los auditores y fiscales de los juzgados de Guerra; los contralores y demás empleados fijos de Real nombramiento de los hospitales militares; los maestros mayores de fortificacion y secretarios de las direcciones y subinspecciones de ingenieros, y los de sanidad, así de egército como de marina.

Si alguno de los espresados en los dos números que anteceden se casaren sin Real licencia, además de ser privados del empleo que tuvieran, perderán todo el derecho que pudiera tener su familia á los beneficios del Monte-Pío, segun el artículo 1.º, cap. X del Reglamento.

**Nécesitan licencia de los directores ó inspectores generales de las armas,
ó de algunos gefes particulares.**

1.º Los oficiales retirados con solo el uso de uniforme, empleados en destino extraño á la carrera militar, que la deben pedir al Capitan general de la provincia. Real órden de 20 de Febrero de 1808.

2.º Los pilotos, prácticos y pilotines de la armada, que la han de obtener de sus comandantes, y los maestros de jarcia, de los intendentes de marina.

3.º Los individuos de la maestranza de artillería, que la necesitan del director general, segun prescribe la ordenanza de esta arma.

4.º Los sargentos, cabos, soldados y tambores, que la han de solicitar de los respectivos directores é inspectores generales, en los términos que marcan el Real decreto de 30 de Octubre de 1855 y Real órden de 30 de Abril de 1856.

Cualquiera de los espresados que contraviniere á estas disposiciones, perderá sus empleos ú honores; y si fuere de los contenidos en el núm. 4.º, será destinado además al fijo de Ceuta por el tiempo que le falte á estinguir el de su empeño, segun la última Real órden citada.

Con lo dicho queda manifestado en todas sus partes lo que se refiere al segundo requisito que en algunos casos debe preceder al matrimonio. Lo que pertenece al último de los requisitos espresados en el párrafo III, lo haremos ver en el siguiente.

§. X.

Disposiciones de las leyes acerca de las amonestaciones.

El tercer requisito que precede al matrimonio es el de las *amonestaciones ó proclamas*, que no son mas sino *la publicacion que se hace en la iglesia de los nombres de las personas que desean contraer matrimonio, para averiguar si existe entre ellas algun impedimento*.

Aunque no son necesarias para la validéz del matrimonio, sin embargo, es tal su utilidad, que la Iglesia creyó conveniente mandar que se observara generalmente esta práctica, reprobando como clandestinos aquellos matrimonios que se celebrasen sin preceder las proclamas, segun consta del capítulo III, tit. III, lib. IV, Decret. Gregorio IX, y de la ley 1.ª, tit. III, Part. 4.ª

El Concilio de Trento renovó esta disposicion tomada del Concilio Lateranense IV; pero al mismo tiempo hizo en ella alguna modificacion, cual fue el dejar á la discrecion de los obispos la dispensa de todas ó de alguna de ellas, y además prescribió la forma de su publicacion, que consiste en que el párroco propio de los contrayentes, ó perteneciendo estos á distintas parroquias, ó habiendo morado en varias el de cada una

de estas, manifieste al pueblo en tres dias festivos consecutivos, y al tiempo de la misa mayor ó solemne, los nombres de los que hayan de contraer matrimonio, á fin de que si saben algunos haber ciertos impedimentos, los denuncien á la Iglesia. Cap. 1, Sess. 24 de Reform. Matrim.

Para la publicacion de las proclamas se habia introducido la práctica de haber de acudir los contrayentes al Ordinario eclesiástico, el cual, constándole por los documentos que presentaban que reunian los requisitos necesarios, espedia el despacho de amonestar y casar, con el cual procedian los párrocos á llevar á efecto lo mandado.

Abolida en la actualidad esta práctica, como contraria al capítulo antes citado del Concilio de Trento, y en vista de los graves inconvenientes que de ella resultaban, segun aparece del Real decreto de 23 de Febrero de 1823, restablecido en 7 de Enero de 1837, solo será necesaria la licencia del Ordinario cuando los contrayentes fueren extranjeros, ó no tuvieren domicilio fijo, ó pertenecieran á distinta diócesis, ó finalmente, cuando pretendieran dispensa de proclamas, que son principalmente los casos en que la exige el Concilio de Trento, segun consta del cap. vii de dicha Sesión.

En los demás casos procederán los párrocos de por sí á autorizar el matrimonio que se hubiere de celebrar, asegurándose antes de la soltería ó libertad de los contrayentes, como tambien de si se hallan en la edad en que pueden contraer sin necesidad del consentimiento de los padres ó de las demás personas que ocupen su lugar, ó si tienen para ello este consentimiento en los casos necesarios, al tenor de lo manifestado en el párrafo anterior.

Constándoles de estos requisitos por los documentos con que los contrayentes deben acreditarlos, ó recibido del Ordinario el despacho correspondiente en los casos en que es necesaria esta autorizacion, se publicarán las proclamas en la forma ya expresada; debiéndose tener presente que no puede celebrarse el matrimonio el mismo dia en que se publicó la última monición, ni hasta pasados tres dias desde esta cuando se hubieren publicado en tres dias festivos sin otro intermedio de trabajo; así como tampoco podrá celebrarse si hubieren trascurrido dos meses desde la última amonestacion, pues deben repetirse las procla-

mas si otra cosa no le pareciera al obispo, segun se previene en las Constituciones Sinodales de nuestra diócesis de Valencia.

Cumplido el requisito de las proclamas en los términos que hemos indicado, se pasará á celebrar el matrimonio, el cual, para su validez, deberá reunir las circunstancias que manifestaremos á continuacion.

§. XI.

Circunstancias que acompañan á la celebracion del matrimonio.

Tres son las circunstancias que se consideran como necesarias para la validez del matrimonio, y que deben acompañar al acto de su celebracion, á saber: 1.^a, que los contrayentes presen-ten su consentimiento; 2.^a, que se observe la forma prescrita en el Concilio de Trento para su celebracion; 3.^a, que no medie ningun impedimento de los llamados dirimentes.

Empezando por la primera circunstancia, que se refiere al consentimiento, su necesidad es fácil de demostrar con solo tener presente que el matrimonio es una sociedad; y las sociedades no se contraen sino con el consentimiento revestido de las cualidades que exigen las leyes para que pueda producir efecto:

Estas, con respecto al matrimonio, son: haber de espresarse con palabras ó con señales manifestas; haber de estar libre de error y de fuerza ó miedo, y darse en términos absolutos ó sin restriccion alguna. Si se diera con error que recayera en la persona, ó en alguna de las cualidades intrínsecas que la determinan y distinguen de cualquier otra, como por ejemplo, la de ser primogénita, será nulo el matrimonio, por faltar el objeto á que se dirige el consentimiento; é igualmente se anulará en el caso de haberse dado por fuerza ó miedo, si este fuere tal que pudiera causar impresion en un varon fuerte y no dimanara de la pública autoridad. Ley 15, tít. II, Partida 4.^a

Además, como el matrimonio es un acto de presente, y no puede disolverse luego que se haya celebrado, es consiguiente el decir que ni sufre adición de tiempo que lo difiera, ni admite tampoco condicion; tanto que si se añadiera se considerará como no puesta, y aun en algunos casos podria anularse el matrimonio, como sucederia si la condicion añadida fuese contra

la naturaleza y fin de esta institucion, segun se halla declarado en el cap. vii, tit. v, lib. iv, Decret. Greg. IX, y en las leyes 5.^a y 6.^a, tit. iv, Part. 4.^a

No habiendo en el consentimiento ninguno de los defectos espresados, será entonces válido el matrimonio, ora se celebre este entre presentes, ora entre ausentes por medio de un procurador especial, cuyos poderes no se hayan revocado antes de su celebracion. Leyes 1.^a, tit. i. y 5.^a, tit. ii, Part. 4.^a

La segunda circunstancia necesaria para la validez del matrimonio es que se celebre este en la forma que prescribe la Iglesia. Esta se halla determinada por el Concilio de Trento en el cap. i, Sesión xxiv de Ref. Mat., en el cual, despues de declararse nulos los matrimonios clandestinos, que tantos daños han producido al Estado y á las familias, se espresaron las solemnidades con que en lo sucesivo debieran celebrarse, que son:

1.^a Haber de preceder las amonestaciones en los términos indicados.

2.^a Haberse de presentar los que han de casarse á su propio párroco, entendiéndose por tal el que lo fuere de los dos contrayentes, ó en caso de pertenecer á distintas feligresias el que lo fuere de la muger, segun la costumbre recibida en muchas diócesis, el cual, cerciorado del consentimiento de ambos, y en presencia de dos ó tres testigos, les dará la bendicion, usando de las palabras *Ego vos coniungo in matrimonium*, ú otras equivalentes, segun el uso de cada provincia.

Tal es la forma determinada por el Concilio de Trento en el capítulo citado; añadiendo, para la mejor espresion de la pena en que incurren sus contraventores, que los matrimonios que no se celebraren ante el párroco ú otro sacerdote autorizado por este ó por el Ordinario eclesiástico, y en presencia de dos ó tres testigos que por lo menos tengan capacidad para saber lo que hacen, sean de ningun valor y efecto. Además, se dispone que el párroco tenga un libro donde anote los nombres de los contrayentes, los de los testigos, y el dia y lugar en que se celebró el matrimonio. Cap. i. citado.

Con este decreto es preciso convenir que se le dió tambien la forma al contrato civil, que es como se considera tambien el matrimonio entre los cristianos, y de aquí el hallarse recibido, en las naciones en que está admitido el Concilio de Trento en

todas sus partes, el que se complete en un solo acto el contrato y el Sacramento, como entre nosotros se observa y confirma el proyecto de Código civil (1).

En las demás naciones cristianas en que no se halla admitido oficialmente el Concilio de Trento en cuanto á los puntos disciplinares, como sucede por ejemplo en Francia; aunque por las leyes de este y otros países esté mandado que el matrimonio haya de celebrarse con ciertas solemnidades, segun se verifica en la nacion citada en virtud de mandamiento del rey dado en los Estados generales del reino congregados en Blois, sin embargo, se hallan separados el acto civil y el sacramento, compareciendo los contrayentes primero ante la autoridad civil, y pasando despues al ministro de la Iglesia para los efectos del sacramento; cuyas prácticas nos ha parecido conveniente indicar para juzgar de los efectos que en nuestro país producen los matrimonios de los extranjeros, segun las prescripciones del nuevo Código (2).

La tercera circunstancia que, segun se ha dicho, se considera como necesaria para la validez del matrimonio, es que no medie ningun impedimento de los llamados dirimentes, de la cual nos ocuparemos en la leccion siguiente.

(1) Art. 48.

(2) Artículos 49 y 50.

LECCION SESTA.

DE LOS IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Definición de los impedimentos del matrimonio y sus divisiones.—§. III. Fuentes de donde dimanar.—§. IV. Causas á que se atribuyen, y enumeracion general de los que se llaman dirimentes.—§. V. Cuáles son los que se refieren á la incapacidad física, y su explicacion.—§. VI. Cuáles son los que dimanar de falta de consentimiento.—§. VII. Antecedentes para determinar las personas entre quienes se prohíbe el matrimonio por razon á los vínculos con que están unidas.—§. VIII. Qué personas no pueden casarse por incompatibilidad de estado.—§. IX. Quiénes por razon de algun delito.—§. X. Qué impedimentos pertenecen á la clase de impedientes.—§. XI. A quiénes pertenece la dispensa de los impedimentos.—§. XII. Cuáles son los que pueden dispensarse.

§. I.

Razon del método.

No solo han creído conveniente las leyes señalar los requisitos que deban preceder al matrimonio y la forma con que ha de celebrarse, de lo cual nos hemos ocupado en la leccion anterior, sino que al mismo tiempo han dado reglas para determinar la capacidad de las personas entre quienes puede contraerse. Con la primera medida se evitan grandes inconvenientes, y se logra la publicidad que debe darse al matrimonio. Con esta última se consigue el que no pueda este hacerse ineficaz en cuanto á sus fines.

Manifestar, pues, qué personas tienen capacidad para celebrar el matrimonio será el objeto de la presente leccion; y como para determinarlas sirve en gran manera saber cuáles son los impedimentos que obstan á su celebracion, empezaremos haciendo ver su origen y naturaleza, las fuentes de donde se derivan, como igualmente las causas á que pueden referirse, para poder hacer una breve enumeracion de cada uno de ellos; concluyendo por fin con una ligera indicacion sobre el modo cómo debe obtenerse la dispensa en los casos en que esta proceda.

§. II.

Naturaleza en general de los impedimentos del matrimonio, y sus divisiones.

Se entiende por *impedimento del matrimonio*, segun el Diccionario de la Academia española, *cualquiera circunstancia que hace ilícito ó nulo el matrimonio*. De esta definicion resulta, que hay circunstancias que anulan, y otras que hacen ilícito el matrimonio sin anularle; y de aquí la division general de los impedimentos en *dirimentes é impedientes*.

Se llaman IMPEDIMENTOS DIRIMENTES *aquellas circunstancias que, no solo impiden que se celebre el matrimonio, sino que si se efectuara lo destruirian ó dejarian sin efecto*; y se llaman IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES *las circunstancias que solo prohiben que se celebre el matrimonio, pero si llega á efectuarse no tienen fuerza y eficacia para invalidarlo*.

Los impedimentos dirimentes todavia pueden dividirse en dos clases, á saber: unos que se llaman *absolutos*, que son *aquellos que inhabilitan de tal modo á la persona, que, aun cuando quisiera contraer matrimonio, no puede verificarlo*; y otros llamados *relativos*, que son *aquellos por los cuales solo se prohibe contraer con ciertas y determinadas personas*.

A la primera clase pertenecen los impedimentos que provienen de *incapacidad fisica, órden sacro, voto solemne, ligámen, clandestinidad*, y en tiempos mas remotos los que provenian de la *condicion de esclavo*. Los demás que se conocen pertenecen á la segunda clase.

Todos estos impedimentos son una consecuencia de la necesidad de haberse de observar ciertas reglas en el matrimonio para que pueda conseguirse el fin de su institucion, á la manera que en las demás convenciones que tienen por objeto las cosas, tambien son las prohibiciones consecuencias de la necesidad de evitar ciertos males que resultarian á la sociedad y á los mismos contrayentes si se permitieran.

Estas prohibiciones ó impedimentos no todas reconocen un mismo origen, y de aquí el haber de saber las fuentes de donde procedan.

§. III.

Fuentes de donde dimanar los impedimentos del matrimonio.

Es un principio generalmente admitido que, cuando un objeto se dirige á diversos fines, haya de haber diversos agentes que le dirijan á cada uno de ellos. La procreacion de la prole, que es el objeto principal del matrimonio, se dirige á la perpetuidad de un bien natural, que es la conservacion de la especie humana; á la perpetuidad de un bien político, como el de la conservacion y aumento de la poblacion en un Estado civil; y á la perpetuidad de un bien espiritual, cual es la continuacion de la Iglesia hasta la consumacion de los siglos.

Cada uno de estos fines ha de tener un agente proporcionado que le dirija, y con ello se deja conocer ya cuáles pueden ser las fuentes de donde se derivan los impedimentos del matrimonio, que no son otras sino *el derecho divino natural y positivo* relativamente al fin natural del matrimonio; *el derecho civil* en lo relativo al bien político, y *el derecho canónico* para con los católicos en lo perteneciente al fin sagrado y espiritual.

En todos estos derechos ó legislaciones encontraremos reglas dadas para la direccion de los matrimonios; pero al mismo tiempo no podemos menos de observar que en las naciones católicas el uso y la facultad de establecer las que se dirigen á la firmeza y existencia del matrimonio, lo ejerce solo la Iglesia, quedando únicamente en la suprema potestad civil el poder dirigir esta institucion en la parte que dice relacion á procurar el mejor orden en la sociedad, pero sin que afecten sus disposiciones al vínculo matrimonial.

Son varios los argumentos con que pudiéramos corroborar esta doctrina, los cuales nos abstenemos de proponer por no permitirlo el carácter particular de esta obra: baste saber que las últimas disposiciones de la Iglesia relativamente al vínculo del matrimonio se dieron en el Concilio de Trento, en el que vemos prohibida la clandestinidad y determinada la forma con que ha de celebrarse para su validez: reducido á menos personas el parentesco espiritual: restringido el impedimento de *pública honestidad* que nace de los esponsales, y el de *afinidad*, que proviene de ayuntamiento ilícito: declarado el caso en

que hay lugar al matrimonio entre el raptor y la robada, y establecida por fin la pena de excomunion contra los que, constituidos en pública autoridad, obligaran directa ó indirectamente á sus súbditos á contraer matrimonio con ciertas y determinadas personas. Concilio Tridentino, Sess. 24. de Reform. Matrim.

Todas estas disposiciones fueron dadas á presencia de los embajadores de varios soberanos que asistieron al Concilio de Trento, y sin embargo, nadie reclamó contra ellas; cuando por el contrario consta que, habiéndose pretendido en el reino de Cerdeña hacer últimamente algunas innovaciones en esta materia, inmediatamente reclamó el Sumo Pontífice Pío IX contra esta y otras medidas de la misma naturaleza; lo cual indica suficientemente que, aun cuando el matrimonio es dirigido tambien por la legislacion civil, solo á la Iglesia pertenece declarar y disponer lo concerniente al vínculo, así como es tambien propio de ella determinar los ritos y ceremonias que han de acompañar á su celebracion (1).

Establecida la doctrina que ha de seguirse acerca de la potestad á quien corresponde determinar lo concerniente al vínculo del matrimonio y á la solemnidad con que ha de celebrarse, parece muy propio que se proceda al exámen de cada uno de los impedimentos, presentando antes las causas á que se refieren los dirimientes para su mas fácil esplicacion.

§. IV.

Causas á que se refieren los impedimentos dirimientes, y su enumeracion.

A cinco clases pueden reducirse los impedimentos dirimientes del matrimonio, atendidas las causas de donde proceden, las cuales son las siguientes:

- 1.^a La incapacidad fisica de los contrayentes.
- 2.^a La falta de consentimiento en ellos.
- 3.^a El estar ligados con los vínculos de la sangre, ó con los que á semejanza de estos han establecido las leyes.
- 4.^a La incompatibilidad por razon de su estado.
- 5.^a El crimen de infidelidad conyugal, y la clandestinidad.

Por este orden trataremos de cada uno de los impedimentos

(1) Art. 48.

dirimientes, que se refieren á las causas espresadas, sirviéndonos como de auxiliar para retenerlos en la memoria los siguientes versos que los contienen:

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto,
Si parochi et duplicis desit pæsentia testis,
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.*

Pudiéramos, siguiendo este órden, esplicar los impedimentos dirimientes del matrimonio, como lo han hecho algunos escritores; pero nos parece mas propia la clasificacion que hemos indicado, por la mayor facilidad con que puede retenerse la doctrina de las leyes sobre cada uno de ellos, que es á lo que se dirige principalmente el estudio del derecho en cada una de las partes que comprende.

Bajo este supuesto, pasaremos á examinar los impedimentos que reconocen por causa la incapacidad fisica, que es la primera clase en que los hemos dividido.

§. V.

**Cuáles son los impedimentos que se refieren á la incapacidad fisica,
y su esplicacion.**

Dos son los impedimentos que se refieren á esta causa, á saber: la falta de edad, y la impotencia para la procreacion. Ley 6.^a, tit. II, Part. 4.^a

El primer impedimento es la *falta de edad*.

Los romanos, segun el derecho antiguo, no exigian para el matrimonio sino el haber llegado á la pubertad; y como esta se anticipa ó retarda segun la constitucion fisica del individuo y segun el clima de cada pais, no fijaron la edad para poderse casar.

Los inconvenientes que llevaba consigo esta práctica, por las dificultades en saber cuándo se habia llegado ó no á la pubertad, decidieron al emperador Justiniano, siguiendo en esta parte el sistema de los Proculeyanos, á decretar por regla general que los varones á los catorce años y las hembras á los doce se reputaran hábiles para el matrimonio.

Admitió la Iglesia esta legislación, y con arreglo á ella se declaran nulos los matrimonios contraídos antes de esta edad, como aparece del cap. x de Desp. Impub., Decr. Greg. IX, á no ser que celebrados estos aparecieran los contrayectos idóneos para la generacion, por haber sido conocida carnalmente la muger, que entonces serán válidos, segun lo resuelto en el cap. vi del mismo título de las Decretales. La España sigue en esta parte la doctrina del derecho canónico, y al efecto la vemos confirmada en los mismos términos en la ley 6.^a; título 1, Partida 4.^a, y en el artículo últimamente citado del nuevo Código.

El otro impedimento procede de la impotencia ó incapacidad para llenar el objeto del matrimonio, como espresan las leyes 6.^a y 17, tit. II, Part. 4.^a

Esta impotencia puede ser *natural ó casual*, segun que provenga de un defecto de la naturaleza ó de un accidente, y tanto una como otra podrá ser *perpétua ó temporal, absoluta ó relativa á ciertas personas, anterior ó posterior* al matrimonio. Leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a, y 4.^a, tit. VIII, Part. 4.^a De todas estas clases de impotencia, la que anula el matrimonio ó produce un impedimento dirimente es la anterior á su celebracion, siendo perpétua, ya sea natural ó casual: la temporal y subsiguiente al matrimonio no lo anulan. Leyes 16 y 17, título II, y 1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a, tit. VIII, Part. 4.^a

Cuando la impotencia fuere dudosa ó no puede averiguarse si es perpétua ó temporal, el declararla en uno ú otro sentido pertenece al tribunal eclesiástico, previo conocimiento de causa, y á instancia de los dos casados ó de solo uno de ellos. Ley 1.^a, tit. IX, Part. 4.^a

Si no fueren bastante claras las pruebas alegadas, de modo que hubiere lugar á dudar sobre la existencia de este impedimento, se concederá el término de tres años para que vivan juntos los casados con el fin de usar del matrimonio; y si en este tiempo no se hubiera conseguido la cohabitacion, jurando los contrayentes haberla procurado, y juntamente siete de sus parientes mas cercanos por cada uno, ó en su defecto igual número de personas de la vecindad que atestigüen que, tanto el varon como la muger, prestaron con verdad el juramento, procederá el juez á declarar la nulidad del matrimonio y á la separacion

de los casados, á no ser que quisieran vivir como hermanos. Cap. iv y v de frig. et. malef., Decr. Greg. IX. Ley 5.^a, título viii, Part. 4.^a

Declarada la nulidad, si la impotencia fuere perpétua y absoluta en el sugeto, se le prohíbe pasar á otras nupcias; mas si fuere relativa se declarará nulo el matrimonio, pero dejándole en libertad para que pueda contraer de nuevo. Leyes 3.^a y 7.^a, título viii, Part. 4.^a

Ultimamente, debemos advertir que la esterilidad no es considerada como causa de nulidad del matrimonio, así como ni tampoco se opone á su validez la avanzada edad de las personas.

§. VI.

Cuáles son los impedimentos que nacen de la falta de consentimiento.

Por lo manifestado en el párrafo último de la lección anterior puede venirse en conocimiento de los impedimentos que dimanar de la espresada causa. Sin embargo, para que con mas claridad puedan comprenderse, daremos separadamente una explicacion de cada uno de ellos.

El primero es la enagenacion mental, cuyo impedimento, aunque considerado por algunos como una incapacidad para llenar el segundo fin del matrimonio, que es la educacion de la prole, puede mas bien colocarse entre los que anulan el matrimonio por falta de consentimiento; y en este sentido diremos, que ni los mentecatos ni los locos pueden contraerlo á no tener algunos intervalos de razon. Ley 6.^a, título ii, Part. 4.^a

El segundo es el error; pero ha de tenerse presente que no todo error anula el matrimonio, sino solo el sustancial ó el que recae en la persona, por no poder decirse que hay consentimiento cuando no es la misma con quien se deseaba contraer matrimonio.

El error en la cualidad no es bastante para invalidarlo, á no ser que ella fuera tal que sirviera para determinar la persona, como, por ejemplo, el creer uno que era primogénita, ó la heredera de un reino con quien se habia estipulado el matrimonio, y no lo fuese la que se le habia presentado, ó el creer que era de condicion libre, cuando realmente era esclava.

Las demás cualidades de las personas deben considerarse

como puramente accidentales, y por lo mismo, no se anulará el matrimonio de aquel que creyera casarse con una mnger rica ó noble, y resultara ser pobre ó plebeya. Ley 10, tit. II, Partida 4.^a, y la glosa de Gregorio Lopez.

El tercer impedimento es la fuerza ó miedo ; mas para que esta circunstancia sea causa de la nulidad del matrimonio, es necesario: 1.^o, que el miedo sea grave ó que cause impresion en un varon fuerte, como dice la ley 15, tit. II, Part. 4.^a; y 2.^o, que la coaccion ó fuerza sea injusta ó que proceda de quien no tiene derecho á causarla; pues si procediese, por ejemplo, de un juez que con conocimiento de causa obligara á uno que se casara con la muger que violó, esta fuerza es justa, y como tal, no seria nulo el casamiento verificado para evitar el castigo que en otro caso se le impondria. Cap. I de adul. et stupr. Decret. Greg. IX.

El haber de ser justa la causa para poder obligar á otro al matrimonio, hace que hayamos de considerar como nulo el que se contrajera no mediando esta, aun quando la coaccion procediera de mandamiento Real, como lo declaró la ley 2.^a, título II, lib. X de la Novisima Recopilacion, diciendo que no valgan las cartas Reales en las que se mande á uno que se case contra su voluntad con la persona que en ella se designe, ni que ningun Señor pueda apremiar á su vasallo para el mismo objeto, segun consta de la ley 3.^a del mismo título.

Si en los casos en que el error y la fuerza ó miedo hacen nulo el matrimonio, consintiera despues voluntariamente el forzado, ó el que despues fue advertido del error, seria entonces válido. Ley 15, tit. II, Part. 4.^a

Finalmente, el cuarto impedimento es el rapto. Algunos alegan como causa de esta incapacidad el crimen que se comete, y á ella en efecto atendieron los antiguos para considerarlo como tal. A nosotros, sin embargo, nos parece que debe ser colocado entre los que anulan el matrimonio por falta de consentimiento, por no poder suponer que la muger que ha sido robada consienta con libertad en semejante casamiento.

Así se deduce de la disciplina admitida actualmente en la Iglesia, en virtud de la cual solo se considera el rapto como impedimento dirimente mientras la robada está en poder del raptor; de modo que si puesta en lugar seguro y separada de



este consintiera libremente, seria válido el matrimonio. Concilio Trident., cap. vi, Session 24 de Reform. Matr.

El depósito que en tales circunstancias procede debe decretarse por la autoridad eclesiástica, segun el Real decreto de 30 de Agosto de 1836, por no hallarse comprendido este caso en los que enumera el art. 1277 de la ley de enjuiciamiento civil, que son los únicos en que deben decretarlo los jueces, como dispone el artículo 1278.

Sin embargo, como la Iglesia ha de implorar para su ejecucion el auxilio de la autoridad civil, nos parece que deberá pasar el competente oficio al juez del domicilio de la robada para que se sirva llevarlo á efecto.

§. VII.

Antecedentes para determinar las personas entre quienes se prohíbe el matrimonio, por razon de los vinculos con que están unidas.

La tercera causa de donde dimanen los impedimentos dirimientes del matrimonio, es el estar ligadas ó estrechamente relacionadas unas personas con otras por los vínculos de la sangre, ó por los que á semejanza de estos han establecido las leyes.

Mas para poder determinar qué personas sean estas, y cuál es el modo cómo se forma esta relacion, son necesarios ciertos antecedentes, sin los cuales no podrian cumplirse las disposiciones de las leyes que los suponen.

Así, pues, para saber cómo se forman estos vínculos, bastará advertir que toda persona relativamente á su existencia supone otra de quien ha recibido el sér: luego es preciso que entre progenitor y engendrado haya de haber un vínculo con que se unan. Además, el progenitor de uno puede ser al mismo tiempo de otros; luego, aparte de la union entre progenitores y engendrados, debe admitirse otra de los engendrados entre sí.

El vínculo con que se unen las personas que engendran y son engendradas, ó las engendradas entre sí, es lo que se llama *parentesco natural ó consanguinidad*, como muy sábiamente lo esplica la ley 1.^a, tit. vi, Part. 4.^a, y por lo mismo, las personas así unidas se llamarán *parientes consaguíneos*.

Este vínculo puede provenir, ó de ayuntamiento carnal fuera del matrimonio, y entonces se llama *parentesco natural*,

ó de ayuntamiento dentro del matrimonio, y se llama entonces *parentesco legítimo ó misto de natural y civil*.

Para la existencia de los parientes consanguíneos es necesario que haya una série de personas que se vayan sucediendo, de modo que la primera sea causa de la existencia de la segunda, esta de la tercera, y así sucesivamente. La série de personas en que la una es causa de la existencia de la otra, ó de las procreadas entre sí, se llamará *línea*.

Esta se divide en *recta* y *oblicua ó colateral*. La *RECTA* es la *série de personas que engendran y son engendradas*, como por ejemplo, *padre, hijo, nieto*, etc.; y se llamará *recta de descendientes* si del progenitor bajamos á los engendrados, y *recta de ascendientes* si de los engendrados subimos á sus progenitores. Ley 2.^a, tit. vi, Partida 4.^a (1).

La *LÍNEA OBLICUA Ó COLATERAL* es la *série de personas que, no siendo engendradas una de otra, reconocen todas ellas un tronco ó raíz de donde proceden*, como, por ejemplo, *hermanos, primos, tíos*, etc. Ley id. (2). Esta línea será igual cuando entre los engendrados existe igual distancia de su tronco como dos hermanos, dos primos, etc.; y desigual cuando la distancia de uno de ellos del tronco fuere mayor ó menor que la del otro, como tío y sobrino, etc.

Las siguientes figuras nos darán una idea de la formación de las líneas de parentesco.

(1) Art. 747.

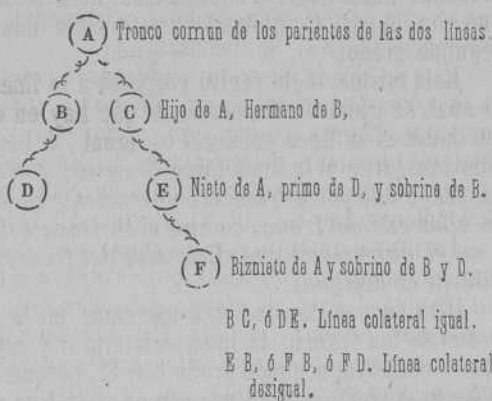
(2) Art. id.

FIGURA 1.^a

Línea recta.

FIGURA 2.^a

Línea corateral.



GRADO es la distancia que hay de un pariente á otro (1); como en la FIGURA 1.^a lo es la distancia que hay, por ejemplo, desde A á B, ó en la 2.^a, siendo la línea colateral igual, desde B á C; ó si es desigual desde E á B, ó desde F á B ó á D.

Esto supuesto, como la ley al declarar derechos y establecer prohibiciones entre parientes no afecta á todos de un mismo modo, sino que es segun las distancias ó grados en que están unos de otros, hay necesidad de saber en qué grados se encuentran entre sí. Para averiguarlo han establecido las leyes canónicas y civiles un modo particular de hacer la computacion, la cual se llamará *canónica* si se hace esta con arreglo á los cánones, y *civil* si se hace con arreglo á las leyes civiles.

Empezando por la computacion canónica, la regla que se establece para averiguar el grado de parentesco es, *que estarán*

(1) Art. 748.

en tal grado dos parientes cuantas sean las personas que haya en su línea, quitando una; de modo que para saber en la FIGURA 1.^a, en que se traza la línea recta, el grado en que está C de A, diremos que en segundo, porque habiendo tres personas hasta llegar á aquella con quien se busca la relacion, que son, A, B, C, quitando una quedan dos; luego están en segundo grado.

Esta misma regla regirá respecto á la línea colateral, para lo cual se contarán las personas que hay en cualquiera de los dos lados si la línea colateral es igual, ó las que haya en el lado mas largo si la línea fuere desigual; y se dirá *que estarán en tal grado dos parientes colaterales, en el que cada uno de ellos esté del tronco comun si la línea colateral es igual, ó en el que esté el que diste mas del tronco si la línea colateral es desigual.*

Para mayor claridad nos fijaremos en la FIGURA 2.^a, en la que se ha trazado la línea colateral; y segun ella diremos que D estará en segundo grado con E, porque desde E ó desde D hasta A, que es el tronco comun, hay tres personas, A, B, D, ó A, C, E, y quitándose una quedan dos; luego D ha de estar en segundo grado con E, así como F estará en tercer grado con D, porque desde F hasta A hay cuatro personas, A, C, E, F, y quitando una quedan tres. Ley 3.^a, tít. VI, Partida 4.^a

En la computacion civil, la regla que se establece es uniforme en todas las líneas, y se reduce á contar un grado por cada generacion; de modo que en la línea recta *estarán dos personas entre sí tantos grados cuantas generaciones hayan mediado hasta llegar á la persona que se trata; y en la línea colateral cuantas generaciones haya por cada uno de sus lados.*

Así que, en la línea recta, segun la FIGURA 1.^a, C estará en segundo grado de A, porque desde A á B hay una generacion, y desde B á C otra; cuyo resultado, aunque sea el mismo que en la computacion canónica en la línea recta, el método es diferente, segun se ha visto.

No sucede así en la línea colateral segun la computacion civil, en la que contándose las generaciones de ambos lados, ha de ser otro el resultado. Por esta razon diremos, fijándonos

en la FIGURA 2.^a, que F estará en quinto grado con D, porque subiendo desde el lado en que está colocado F, hasta el tronco común A hay tres generaciones, y bajando desde el tronco A hasta D, que se encuentra en el otro lado, hay dos generaciones, que son al todo cinco generaciones, ó el quinto grado. Ley 3.^a citada (1).

La computacion civil se sigue en las *herencias*, *mayorazgos*, *patronatos* y en los *retractos de abolengo*, etc.: la canónica solo en el *matrimonio*. Ley id. (2).

Sentados estos antecedentes, como las leyes prohíben bajo pena de nulidad los matrimonios dentro de ciertos grados de consanguinidad, preciso es que digamos que el parentesco en los grados prohibidos será un impedimento dirimente del matrimonio. Este se ha considerado siempre como tal en todos los grados de la línea recta, por no poderse conciliar los oficios y deberes de los cónyuges con los que se deben mutuamente las personas constituidas en esta línea; pero no ha sido en todos tiempos una misma la práctica que se ha observado en cuanto á la línea colateral, habiendo habido épocas en que se extendió hasta el séptimo grado, como consta del Cánón 1.^o, Causa 35, Quæst. 2.^a

Los inconvenientes que produjo esta estension por lo difícil que se hacia la celebracion del matrimonio, obligaron al Sumo Pontífice Inocencio III á restringir tan ámplia prohibicion, quedando hoy dia limitada hasta el cuarto grado, segun la computacion canónica, ora provenga este parentesco del matrimonio, ora de ayuntamiento meramente natural. Cap. VIII, tit. XIV, lib. IV, Decret. Greg. IX. Ley 4.^a, tit. VI, Part. 4.^a

Además del parentesco de consanguinidad natural, tanto legítimo como ilegítimo, existen otros que, á semejanza de este, han establecido las leyes, cuales son: el parentesco *meramente civil*, el *espiritual*, el de *afinidad* y el de *cuasi afinidad* ó de *pública honestidad*; y por lo mismo se hace preciso determinar cómo se forma cada uno de estos parentescos, y entre qué personas está prohibido el matrimonio por estos respectos.

El primero de los nombrados es el parentesco llamado *me-*

(1) Art. 749.

(2) Art. 750.

ramente civil, el cual nace de la *adopcion*. Por medio de este acto, que las leyes inventaron, entra una persona á formar parte de la familia de aquel que la adoptó, y queda bajo su potestad: luego es preciso suponer un vínculo legal entre ellos; y de aquí el producir, á semejanza del parentesco natural, un impedimento dirimente del matrimonio entre las personas que las leyes designan, á saber:

1.^o En las que se hallan en la línea recta del adoptante y del adoptado.

2.^o Entre los hijos naturales del adoptante y el adoptado, mientras dure la *adopcion*; pero no en los adoptados entre sí por un mismo padre, aun subsistiendo ella.

3.^o Entre el adoptante y la muger del adoptado, y entre este y la muger de aquel, aun disuelta la *adopcion*. Leyes 7.^a y 8.^a, tít. vii, Part. 4.^a

El otro parentesco reconocido por el derecho es el llamado *espiritual*, el cual nace de la administracion de los sacramentos del Bautismo y Confirmacion.

En efecto, como por el Bautismo se verifica una regeneracion espiritual, y esta se robustece luego despues por la Confirmacion, la Iglesia empezó á dar la consideracion de *padres* al ministro y padrinos que asisten á estos Sacramentos, y de *hijos* é *hijas* de estos á los bautizados y confirmados. Esta paternidad, pues, y filiacion no podia menos de producir ciertos vínculos entre las personas nombradas; y con ello queda determinado el origen del parentesco espiritual, y juntamente con él el motivo de haberse de considerar como impedimento dirimente del matrimonio. Leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tít. vii, Partida 4.^a

Razones de analogía dieron lugar con el tiempo á que recibiera mucha estension este parentesco, segun puede verse por las leyes que acabamos de citar; pero la Iglesia, atendiendo á los inconvenientes que de esta amplitud resultaban á la celebracion del matrimonio, lo redujo á solo el padrino con el ahijado y padre y madre de este, y al bautizante con el bautizado y sus padres; entendiéndose lo mismo con respecto al sacramento de la Confirmacion. Conc. Trid., cap. ii, Sess. 24 de Ref. Mat.

Tal vez se crea no ser necesario espresar á los ministros de estos sacramentos para el efecto de prohibírseles el matri-

monio por este respecto, teniéndolo prohibido ya por razon del órden sacro; pero como relativamente al bautismo puede ser un lego en caso de necesidad su ministro, tendremos entonces en él la aplicacion de esta disposicion. En el caso de concurrir dos padrinos en la administracion de estos sacramentos, podrá verificarse entre ellos libremente el matrimonio, por no estenderse el impedimento á otras personas que á las nombradas en el Concilio.

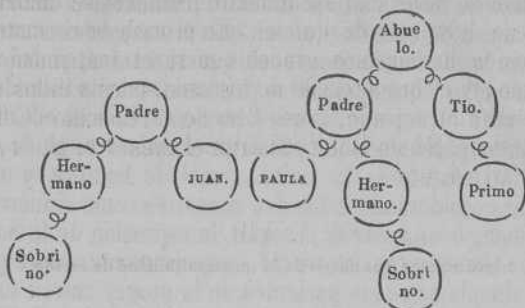
El último parentesco que nos falta examinar es el de *afinidad*. Su fundamento es la union carnal de hombre y muger, puesto que considerándose los dos consortes como si fueren una sola persona, ó *una carne*, segun la espresion de la Sagrada Escritura, Genes., cap. ii, v. 24, precisamente debia producirse un vínculo entre los parientes de la muger con su marido, y entre los de este con su muger, que es lo que constituye y como puede tambien definirse el *parentesco de afinidad*.

Las leyes civiles no reconocen este parentesco sino cuando procede de legitimo matrimonio; pero los cánones lo deducen hasta de los ayuntamientos ilícitos, admitiendo por lo mismo dos clases de afinidad, á saber: una lícita y otra ilícita. Las dos producen impedimento entre ciertas personas, y para determinarlas, aunque en este parentesco no hay grados, porque la afinidad no engendra afinidad, sin embargo, siguiendo el egemplo de la consanguinidad, se computarán los grados por los de esta, sirviendo para ello la regla de que *en el mismo grado en que uno es consanguíneo del marido, en el mismo es afín de la muger, y al contrario*. Los consanguíneos de uno y otro consorte entre sí no contraen ningun parentesco.

La siguiente figura nos facilitará el modo de computar los grados en el parentesco de afinidad.

Censanguíneos de Juan,
afines de Paula en igual grado.

Consanguíneos de Paula
afines de Juan en igual grado.



Estando, pues, en igual grado los parientes del marido con la muger y los de esta con el marido, segun se demuestra en la FIGURA anterior, debia estenderse la prohibicion de casarse por razon de afinidad á los mismos grados que lo está por razon de la consanguinidad; pero como la Iglesia, al establecer el parentesco de afinidad procedente de ayuntamiento ilícito, no ha creido conveniente estender la prohibicion á los mismos grados que cuando procede de ayuntamiento lícito, habremos de manifestar con separacion lo que en cada una de las dos clases de afinidad se halla determinado.

Segun esto, diremos que si la afinidad procede del matrimonio, produce un impedimento igual en un todo al de consanguinidad; de modo que ni el marido podrá casarse despues de muerta su muger con ninguno de sus parientes en línea recta, y en la colateral hasta el cuarto grado, ni la muger tampoco con los del marido en los términos indicados. Cap. viii de consanguinit. et affinit. Decr. Greg. IX. Ley 5^a, tit. vi, Part. 4.^a

Si la afinidad procede de union ilícita, solo se estiende hasta el segundo grado inclusive, segun lo estableció así el Concilio de Trento, cap. iv, Sess. 24 de Refor. Matrim.

Al parentesco de afinidad puede añadirse otro de *cuasi afinidad*, el cual se conoce generalmente con el nombre de *pública honestidad*. Este nace del matrimonio rato y de los esponsales válidamente celebrados; y su fundamento es el respeto

que á consecuencia de estos actos debe una persona á los parientes de aquella con que se habia ya unido.

En ambos casos es impedimento dirimente del matrimonio; pero hay la diferencia de que el que procede del matrimonio rato lo es en los mismos grados que si el matrimonio fuere consumado, y el que procede de los esponsales válidos solo se estiende al primer grado, como decretó el Concilio de Trento, cap. III, Sess. 24 de Refor. Matrim. Leyes 4.^a, tít. I, y 17, tít. II, Part. 4.^a

§. VIII.

Inpedimentos que nacen de la incompatibilidad de estado.

Cuatro clases de impedimentos pueden referirse á esta causa, á saber: el *voto solemne de castidad*, el *orden sacro*, el *ligámen* y la *disparidad de culto*.

Empezando por el voto solemne, este, segun la declaracion de Bonifacio VIII, cap. única de Voto in vi, solamente se considerará como impedimento dirimente del matrimonio si se solemnizare por la profesion religiosa en una de las Ordenes aprobadas; ó por la recepcion del orden sacro, cuyo derecho fue confirmado por el Concilio de Trento, Cánón 9.^o, Sess. 24 de Sac. Matrim. Ley 16, tít. II, Part. 4.^a El voto hecho fuera de estos dos actos, por mas solemnidades con que se emita, se tendrá por un voto simple, y como tal solo se considera como impedimento impediante del matrimonio.

El fundamento de esta prohibicion es el no avenirse ó ser incompatibles las obligaciones que impone la profesion religiosa con las que se derivan del estado de casado, como fácilmente se deja comprender; y esta misma razon han tenido presente los cánones para declarar tambien como impedimento dirimente del matrimonio al orden sacro. El Código penal castiga con pena de prision mayor al que contrajere matrimonio estando ordenado *in sacris*. Art. 395.

El otro impedimento es el *ligámen*, ó el estar casado aquel que aspira á un nuevo enlace. Su fundamento es la prohibicion de tener una muger muchos hombres á un mismo tiempo, ó un hombre muchas mugeres, por ser contrario el primer caso al fin natural del matrimonio, y hallarse el segundo espresamente

prohibido por el derecho divino positivo, como lo declaró el Concilio de Trento en el Cánón 2.º, Sess. 24 de Sacr. Matrim.

Para evitar estos nuevos enlaces, á nadie se admite al matrimonio mientras no acredite en debida forma el fallecimiento del primer consorte, si estuvo antes casado, ó el estado de soltería y libertad. En el Código penal se castiga este atentado con la pena antes dicha. Art. 395.

El último de los cuatro impedimentos indicados es la *disparidad de culto* ó de *Religion*, el cual consiste en no poder unirse en matrimonio un bautizado con otro que no lo está. En todos tiempos fueron prohibidos por la Iglesia estos enlaces, á fin de evitar todo peligro de perversion; pero no existia en lo antiguo ninguna ley que los invalidase. Mas en tiempos posteriores primero por costumbre, y luego despues por las leyes, tanto civiles como canónicas, fueron declarados nulos, que es como en la actualidad se les considera. Ley 15, tit. 11, Part. 4.ª

Tambien ha reprobado siempre la Iglesia los matrimonios de los católicos con los hereges; pero no ha llegado á declararlos nulos, antes bien, hay casos en que se permiten, prévia la dispensa del Sumo Pontífice, con la obligacion de haberse de educar los hijos en la Religion Católica, y de observar las demás prevenciones que espresa el Papa Benedicto XIV en la Bula, *Matrimonia*, núm. 34, tomo I de su Bulario.

§. IX.

Impedimentos que se producen por la perpetracion de cierta clase de delitos.

Cuatro son los delitos por los cuales no solo se prohíbe el matrimonio entre ciertas personas, sino que tambien se declara irrito si se hubiere contraído. Estos son: el *adulterio*, el *homicidio*, el *decir falsamente el contrayente que estaba libre cuando realmente era casado*, y la *clandestinidad*.

Empezando por el adulterio, aunque por las leyes romanas era él de por sí un impedimento para poderse casar el adúltero con la adúltera, por las leyes canónicas solo se considera como tal cuando en el adulterio concurre una de estas dos circunstancias, á saber: 1.ª, haberse dado los adúlteros palabra de casamiento viviendo aun el consorte ofendido; 2.ª haber muerto el adúltero al consorte de la adúltera, ó esta al del adúltero.

Cap. I et VII, tit. VII, lib. IV. Decret. Greg. IX. Ley 19, tit. II, Part. 4.^a

El segundo delito que tambien produce impedimento es el haber muerto uno al marido de una muger habiendo tenido ella parte en semejante homicidio, ó al contrario; de modo que aquel que por ejemplo mató ó hizo matar á un casado consintiendo en ello su muger, no podrá casarse con ella, segun expresa la ley citada.

El tercer delito, del cual nace igualmente un impedimento, es el matrimonio contraido de mala fé por aquel que ya era casado. Este impedimento, aunque comprendido en el que llamamos de *ligámen*, en este caso solo se trata del efecto particular que produce, atendido el medio de que se valen á veces los hombres para infringir aquella disposicion; y de aquí no solamente el haberse declarado nulo el matrimonio contraido de mala fé, sino que en pena de este delito se le inhabilita para que pueda casarse con la misma con quien habia fingido el matrimonio, y además se le castiga con la pena de prision mayor. Art. 395 del Código penal.

Por último, la clandestinidad ó el matrimonio celebrado sin la asistencia del párroco y la de dos ó tres testigos, es considerado como un delito que redunde en daño de la moral y del orden público, segun lo calificó ya en su tiempo el rey D. Alonso el Sábio en la ley 5.^a, tit. III, Part. 4.^a; y como tal, no solo ha estado prohibido siempre en la Iglesia, sino que además han sido declarados nulos desde el Concilio de Trento todos los matrimonios que se celebraran sin dicha solemnidad. Cap. I, Sesión 24 de Reform. Matrim. Si en los lugares en que no está recibido este Concilio son válidos todavía los matrimonios clandestinos, no por ello son menos reprobados por la Iglesia, no estando permitido á ningun cristiano trasladarse á aquellos países con el solo objeto de casarse clandestinamente, segun lo declaró el papa Benedicto XIV, Cap. IV, lib. XIII de Synod. Diöces.

Con lo dicho podrán conocerse ya todos y cada uno de los impedimentos dirimentes del matrimonio, no siendo muy difícil retener en la memoria lo que constituye su naturaleza si los reducimos á las cinco clases en que los hemos dividido, segun lo manifestado en el párrafo IV.

Falta solo que veamos, aunque en términos generales, qué

impedimentos son los que se consideran como impedientes del matrimonio.

§. X.

Breve descripcion de los impedimentos impedientes.

Además de los impedimentos dirimentes, hay otros que solo se consideran como impedientes, que son *aquellos que se oponen á la celebracion del matrimonio, pero no le anulan si se hubiere celebrado.*

Prescindiendo de los que en lo antiguo se reputaban como tales, en la actualidad puede decirse que son los siguientes:

1.º Los esponsales, los cuales mientras no se disuelvan, ó se dispense ó remita la obligacion que producen, siempre impiden que pueda celebrarse el matrimonio entre otros que los desposados. Ley 7.^a, tit. 1, Part. 4.^a

2.º El voto simple de castidad ó de entrar en Religion, á cuyo fin, segun manda el Ritual Romano, debe el párroco preguntar en secreto á los contrayentes, antes de prestar públicamente su consentimiento, si tienen ó no hecho este voto.

3.º La ignorancia de la doctrina cristiana, para lo cual dispone el mismo Ritual que no administre el párroco el matrimonio sin que antes esté cerciorado de que no ignoran los esposos los rudimentos de la fe.

4.º El ser uno de los contrayentes católico y el otro hereje, segun queda arriba manifestado.

5.º La omision de las amonestaciones, no habiendo mediado dispensa. Conc. Trid., Cap. iv, Sess. 24 de Reform. Matrim.

6.º La prohibicion de la Iglesia por medio de sus prelados ó párrocos, cuando mediar una causa grave ó hubiere sospechas de algun impedimento, hasta que se averigüe su certeza. Cap. iii, tit. xvi, lib. iv, Decretales Gregorio IX.

7.º El tiempo feriado, ó aquel en que la Iglesia prohibe las nupcias solemnes, como lo es desde el miércoles de Ceniza hasta el Domingo octava de la Pascua de Resurreccion, y desde el primer Domingo de Adviento hasta el dia de la adoracion de los Santos Reyes.

En dichos tiempos únicamente se permite el matrimonio sin velaciones ó sin la solemnidad de la Misa, que deberá luego su-

plirse en el tiempo no feriado, lo mismo que cuando por una justa causa no hubiere acompañado esta solemnidad á su celebracion; que por esta razon solo se considerará esta circunstancia como impedimento en aquellas diócesis en que por Constituciones Sinodales está prohibido absolutamente el matrimonio.

A todos estos impedimentos impiedentes podemos añadir los que se deducen de las prohibiciones que la legislacion civil y penal imponen á ciertas personas para contraer matrimonio sin los requisitos que las leyes prefijan. A esta clase pertenecen:

1.º La prohibicion hecha á los hijos de familia para casarse sin el consentimiento de los padres, en los términos que prescribe la ley 18, tit. II, lib. X, Novísima Recopilacion, cuyo atentado se castiga con la pena de prision correccional, segun el art. 399 del Código penal, además de poder ser desheredados los hijos por esta causa, como dispone la ley 9.ª de dicho título y libro de la Novís. Recop., con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1).

2.º La prohibicion hecha á las viudas para casarse antes de los trescientos y un dias de la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento si hubieren quedado en cinta, ó en los mismos tiempos tratándose de muger cuyo matrimonio se hubiese declarado nulo, como espresa igualmente el nuevo Código (2), cuya falta es castigada con las penas de arresto mayor y multa de 20 á 200 duros. Art. 400 del Código penal.

3.º Finalmente, la hecha al tutor ó curador bajo las penas de prision correccional, segun el art. 402 de este Código, en virtud de la cual no pueden casarse con la que hubieren tenido en guarda antes de la aprobacion legal de sus cuentas, como asimismo lo establece el proyecto de nuevo Código (3).

Observándose las prohibiciones hasta aquí referidas, tanto por razon de los impedimentos dirimientes como impiedentes, puede conseguirse el objeto del matrimonio en cada uno de los fines á que se dirige; y para que fueran mas eficaces, no solo las han confirmado las leyes civiles, segun consta de las varias que hemos citado al hacer la enumeracion de cada uno de los impe-

(1) Arts. 51, 52, 53, y 672, núm. 3.º

(2) Art. 56.

(3) Art. 55.

dimentos, sino que tambien han establecido diferentes penas contra los infractores de las reglas que la Iglesia ha decretado, como puede verse en los artículos desde el 395 al 402 del Código penal; imponiendo además las penas de confinamiento menor y de multa de 50 á 500 duros al eclesiástico que autorizare un matrimonio prohibido por la ley civil, ó para el cual haya algun impedimento canónico no dispensable, ó las de destierro y multa de 20 á 200 duros si fuere dispensable. Artículo 403.

Tales son las doctrinas mas generales acerca de los impedimentos dirimientes é impedientes del matrimonio. Algunos de ellos pueden ser dispensados por la autoridad competente, y por lo mismo interesa saber cuál sea á la que ha de acudir con este objeto.

§. XI.

Autoridad á quien corresponde la dispensa de los impedimentos.

La dispensa de los impedimentos del matrimonio, que no es mas sino *la autorizacion concedida á ciertas personas para contraer este enlace, que de otro modo no podria verificarse válida ó lícitamente*, corresponde á los prelados de la Iglesia con respecto á los impedimentos *canónicos*, tanto dirimientes como impedientes, y al Rey con respecto á los que dimanen de la potestad civil, en virtud de las prohibiciones de que hemos hecho mérito en el párrafo anterior.

Mas como no todos los prelados gozan de unas mismas facultades, espresaremos con separacion las que corresponden á cada uno bajo el órden siguiente:

1.º El Romano Pontífice, al cual pertenece por derecho propio la dispensa de todos los impedimentos dirimientes que son susceptibles de ella, y al mismo tiempo la de los impedientes que se hubiere reservado, como el voto simple de castidad si fuere perpétuo, ó el voto de entrar en Religion: los esponsales válidos; y el ser uno de los contrayentes católico y el otro hereje. Bened. XIV de Synod. Diöces.

2.º El Nuncio de Su Santidad en los casos designados en su nombramiento, como son: en el fuero interno el impedimento de afinidad de ayuntamiento ilícito, el de adulterio con pacto de

casarse *neutro machinante*, y el parentesco espiritual: en el fuero esterno el parentesco en cuarto grado y en tercero con cuarto; y en ambos fueros el de pública honestidad, que nace de los esponsales válidos. Así consta de las adiciones al tratado de dispensas del P. Herce.

3.º El Comisario de la Cruzada en el de afinidad de ayuntamiento ilícito, despues de contraido el matrimonio, segun aparece de la Bula de este nombre.

4.º El reverendo Patriarca de las Indias con respecto á los militares sujetos á su jurisdiccion, en todos los impedimentos dirimentes dispensables que aparezcan despues de contraido el matrimonio, segun la circular del vicariato general castrense de 9 de Junio de 1848.

5.º Finalmente, los obispos solo pueden dispensar por derecho ordinario los impedimentos impiedientes no reservados á Su Santidad; pero no los dirimentes, sino estraordinariamente en el foro de la conciencia, y concurriendo los requisitos que designan los prácticos, de los cuales es el principal el estar ya celebrado el matrimonio; pero no antes, á no ser en caso de urgentísima necesidad y de ser difícil el recurso á Su Santidad, segun declaró el Papa Sixto V, como afirma Pyrro Corrado in prax. dispens., lib. III, cap. IV.

Esto no debe entenderse de los obispos que se hallán en regiones muy distantes de la Silla Apostólica, como entre nosotros los de Ultramar, los cuales se hallan autorizados con toda clase de facultades estraordinarias, como espresó el Papa Benedicto XIV de Synod. Dioces.

Al hablar de las facultades de cada uno de estos prelados en orden á la dispensa de los impedimentos del matrimonio, hemos notado de propósito que esto se entiende con respecto á aquellos impedimentos que pueden dispensarse; por lo mismo se hace necesario espresar cuáles sean estos.

§. XII.

Impedimentos del matrimonio que pueden dispensarse.

Los impedimentos del matrimonio susceptibles de dispensa son los siguientes:

1.º El de parentesco de consanguinidad en la línea colate-

ral, escepto entre hermanos, aunque segun el Concilio de Trento, Sess. 24 de Refor. Matrim., cap. v, ha de usarse con tal moderacion la facultad de dispensar, *que ó no se han de conceder dispensas para contraer matrimonio, ó solo se den muy rara vez; añadiendo además que tampoco se dispense en segundo grado, á no ser entre grandes príncipes ó por una causa pública.*

2.º El de parentesco de afinidad lícita en esta misma línea en todos los grados; si bien son necesarios mas requisitos para dispensarse en el primer grado, ó sea entre cuñados.

3.º El de afinidad ilícita.

4.º El de parentesco espiritual, pero solo entre padrinos y ahijados ó sus padres.

5.º El de parentesco civil en todas las personas con quien se contrae, aunque en este debe además obtenerse la dispensa civil si el adoptante tratare de casarse con la que hubiere adoptado, pues de otro modo incurrirán los contrayentes en la pena de arresto mayor, segun el art. 401 del Código penal.

6.º El de parentesco de pública honestidad en todas las personas si proviene de los esponsales válidos, y si de matrimonio rato solo en las personas de la línea colateral, aun cuando algunos sostienen que tambien entre las de la línea recta, citando para ello algunos ejemplos.

7.º Finalmente, el impedimento que nace del adulterio, *neutro machinante*; y aun tambien si hubiere mediado homicidio, si bien entonces deben preceder ciertas circunstancias, sin las cuales no suele dispensarse.

Todos estos impedimentos dirimentes, como asimismo los impedientes, pueden dispensarse; en cuanto á los demás, ó no necesitan de dispensa, ó no se permite esta.

Así que, si el matrimonio fuere contraído con error, fuerza ó miedo, y no reclamaran los contrayentes contra este defecto ó consintieran despues espresamente, quedaria válido el matrimonio sin necesidad de dispensa, é igualmente se sostiene la validez del que se ha contraído entre personas que no han llegado á la edad señalada, si la muger hubiera sido conocida carnalmente, como resolvió el cap. vi de Despons. impub. Dec. Greg. IX.

Por último, los impedimentos en que no cabe dispensa, son:

la impotencia; el parentesco de consanguinidad y de afinidad lícita en la línea recta; el de cuasi afinidad, que proviene del matrimonio rato, en la misma línea; el de consanguinidad en la línea colateral en cuanto al primer grado; la clandestinidad; el voto solemne y el orden sacro; aunque con respecto á los dos últimamente espresados, no faltan ejemplos muy conocidos en la historia de haber sido dispensados, entre los cuales puede citarse el del Rey D. Ramiro de Aragon, comunmente llamado el *Monge*.

En los casos que proceda la dispensa, no debe concederse sino por justa causa, que ha de justificarse por los interesados, los cuales tienen además obligacion de observar lo que la ley 12, tit. III, lib. II de la Novísima Recopilacion prescribe en orden al conducto por cuyo medio han de dirigirse las paces á Roma, siempre que se pidiera *pro foro externo* la dispensa.

El modo de ordenar las paces, y las causas que pueden alegarse para que se consiga esta, pueden verse en el Tratado práctico de dispensas del P. Herce, impreso en Valencia, por no permitir el carácter de esta obra entrar en todos los pormenores que se refieren á esta materia.

LECCION SÉPTIMA.

DE LAS PROPIEDADES Y EFECTOS DEL MATRIMONIO.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. En qué consista la unidad del matrimonio.—§. III. Doctrina sobre su indisolubilidad.—§. IV. Aceptacion en que se toma la palabra *divorcio*, y sus especies.—§. V. Definicion del divorcio en cuanto al vínculo, y casos en que tiene lugar.—§. VI. Cómo se define el que refiere á la cohabitacion y al tálamo, y casos en que se admite.—§. VII. Cómo ha de procederse al divorcio en cada una de las clases en que se divide.—§. VIII. Resultados que produce su declaracion por el tribunal competente.—§. IX. Efectos que las leyes civiles atribuyen al matrimonio celebrado legítimamente.

§. I.

Razon del método.

Celebrado el matrimonio con los requisitos necesarios, y entre las personas hábiles para contraerlo, se producen por él varios efectos, ora por su misma naturaleza, ora por las leyes civiles, ora por razon á la religion del sacramento.

Si atendemos á su naturaleza, observaremos que por el matrimonio se crea una union indisoluble entre marido y muger, la cual hace que ambos cónyuges se deban fidelidad y hayan de vivir de consuno. Si se atiende á las leyes civiles, vemos que por él se constituyen varios derechos personales, tanto con respecto á cada uno de los contrayentes, como con respecto á los hijos, si los tuvieren. Finalmente, como sacramento, confiere el matrimonio ciertos ausilios espirituales, con los que se fomenta recíprocamente su amor, se guardan fidelidad, y se hacen mas llevaderas las cargas que pesan sobre ellos por consideracion á su estado.

Interesa, pues, que conozcamos la fuerza y estension de cada uno de los espresados efectos, lo cual procuraremos desempeñar brevemente en esta leccion, fundándonos para determinar los de

la primera clase, ó sea los que se derivan de la naturaleza del matrimonio en las dos propiedades inherentes al mismo, cuales son, la *unidad* y su *perpetuidad*; pasando despues al exámen de los otros efectos que dimanar inmediatamente de las leyes.

§. II.

En qué consista la unidad del matrimonio y disposiciones acerca de ella.

La unidad del matrimonio consiste en que el marido solo tenga una muger, y esta un solo marido, segun espresaron las leyes 1.^a y 3.^a, tit. II, Part. 4.^a

El estado de un hombre casado á un tiempo y á sabiendas con dos ó mas mugeres se llama *poligamia simultánea*; mas si lo fuere de una muger con dos ó mas hombres se llamará *poliandria*.

Este último estado se opone abiertamente al derecho natural, no siendo necesario que pasemos á su demostracion, porque la misma esperiencia acredita que la conmistion de una muger con muchos hombres impide la procreacion de la especie; y aun cuando hay ejemplos de casos en que esta se ha verificado, sin embargo, no es menos cierto el daño que de nuevo se acarrea por la incertidumbre en que queda la paternidad de la prole, y consiguiente á ella su falta de educacion.

En cuanto al primer estado que se ha definido, si bien no han formado todos igual juicio sobre si es ó no contrario al derecho natural, lo cierto es que á los cristianos les está prohibido el casarse á un tiempo con muchas mugeres, tanto por las leyes divinas y eclesiásticas, segun la declaró el Concilio de Trento, Session 24, de Sacram. Matrim., Cánón 2.^o, como tambien asimismo por las leyes civiles.

En España dice la ley 16, tit. XVII, Part. 7.^a, que los que tal cosa hicieren cometen una *maldad conocida*, y para evitarla, señaló esta ley las penas de destierro y confiscacion á los que se casasen dos veces á sabiendas viviendo sus mugeres. Las leyes recopiladas aumentaron el rigor de estas penas, como puede verse en la 6.^a y siguientes del tit. XXVIII, lib. XII, Novísima Recopilacion; cuyo rigor, aunque mitigado algunas veces, atendida la práctica adoptada en los tribunales antes de la publicacion del Código penal, nunca bajaba de seis años de pre-

sidio los que se imponian á los reos de este delito. En la actualidad son castigados con la pena de prision mayor, como consta del art. 395 del citado Código.

No hemos de juzgar del mismo modo acerca de la *poligamia sucesiva*, ó del matrimonio segundo y siguientes contraidos despues de disuelto el primer vínculo; pues aunque segun las leyes 3.^a, tít. xii, Part. 4.^a, y 5.^a, tít. iii, Part. 6.^a, no podia por parte de la muger, verificarse el segundo matrimonio dentro del año de la muerte de su marido, incurriendo en caso contrario en las penas de infamia y pérdida de las donaciones hechas por este, y en el Código penal se impone el arresto mayor y multa de 20 á 200 duros á la viuda que casare antes de los 301 dias desde la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento si hubiere quedado en cinta, lo cual prohibe tambien el nuevo Código (1), sin embargo, como el objeto de estas leyes no es otro sino el de evitar el peligro de confusion en la prole, y de que no se ingiera en una familia el que realmente no pertenezca á ella, no pueden alegarse estas como prohibitorias del matrimonio sucesivo, reconocido por otra parte en la Iglesia y el Estado, no solo como legítimo, sino tambien como muy útil al bienestar de las familias. Leyes 1.^a y 3.^a, tít. xii, Part. 4.^a

No obstante la legitimidad del segundo matrimonio, la Iglesia prohibe á los bigamos que puedan ser promovidos á las sagradas ordenes no en ódio de este enlace, sino por no estar bien representada por él la union de Jesucristo con la Iglesia, segun espresó el cap. v de Bigam. non ordin. Decret. Gregorio IX.

Tales son, en breves palabras, las disposiciones de las leyes relativamente á la unidad del matrimonio: las que se refieren á su firmeza y perpetuidad las consignaremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Doctrina de las leyes sobre la indisolubilidad del matrimonio.

La indisolubilidad del matrimonio, tan conforme con los fines de su institucion, se halla atestiguada en las sagradas letras

(1) Art. 56.

del Antiguo y Nuevo Testamento, como enseñó el Concilio de Trento en la Session 24, *Doctrina de Sacramento Matrimonii*.

A pesar de ser esta la doctrina de la Iglesia, entre los romanos se permitió que los casados pudieran contraer libremente un nuevo enlace, separándose del primero que habian contraído, y esto no solo en el tiempo de los emperadores gentiles, como refiere Heineccio en su apéndice al lib. 1 de las antigüedades romanas, sino tambien despues de haberse convertido estos á la Religion cristiana, segun es de ver por varias de sus constituciones incluidas en los Códigos Teodosiano y Justiniano. Leyes 1.^a y 2.^a de repud. Cód. Theodos., y leyes 7.^a y siguientes del mismo título. Cód. Just.

Esta misma doctrina se hallaba recibida generalmente en la Iglesia griega, la cual admitia que el matrimonio podia disolverse al menos por causa de adulterio, segun consta de los escritos de varios Padres, como Epifanio, Basilio y otros; y aun en la Iglesia latina no faltaban tambien Padres muy respetables que la seguian, considerando otros esta materia como de difícil resolucion, segun espresó San Agustin. Lib. 1 de adult. coniugis, cap. 25.

Las investigaciones y estudios hechos por varios teólogos y canonistas sobre la verdadera inteligencia de las palabras del cap. IXI del Evangelio de San Mateo, en que creian los griegos hallar el fundamento de la doctrina que seguian sobre la fuerza y eficacia del divorcio, dieron lugar á que se afirmase la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, en términos que desde el siglo X en adelante se viene enseñando constantemente en la Iglesia latina el principio de que ni aun por el adulterio se disuelve el matrimonio, como lo declararon los Romanos Pontífices Alejandro III é Inocencio III, y confirmó últimamente el Concilio de Trento, anatematizando á los que sostienen que la Iglesia yerra cuando ha enseñado y enseña, segun la doctrina del Evangelio y de los Apóstoles, que no se puede disolver el vínculo del matrimonio por el adulterio. Sess. 24 de Sacram. Matrim., Cánón 7.^o

Las leyes antiguas de España se conformaron en esta parte con las romanas, como es de ver por la 2.^a y 8.^a, tit. VI, libro III del Fuero Juzgo, y por otras varias de los Fueros muni-

cipales; pero desde el Código de las Partidas, cuyo autor incluyó en su obra la doctrina del derecho canónico comun, no encontraremos ninguna ley que se aparte de la que la Iglesia latina ha enseñado; antes al contrario, la vemos confirmada en las leyes 2.^a y 5.^a, tit. x, Part. 4.^a, y enunciada con palabras muy terminantes en el proyecto de nuevo Código (1).

Mas como á pesar de la indisolubilidad del matrimonio es conveniente muchas veces que sin disolverse el vínculo queden separados los contrayentes, será preciso pasar al exámen de las reglas que proponen los cánones de la Iglesia para que sea legítima la separacion ó *divorcio* de los cónyuges, esplicando antes el sentido en que se toma esta palabra *divorcio*.

§. IV.

En qué sentido se toma la palabra **DIVORCIO**, y sus especies en general.

La palabra *divorcio*, derivada á *diversitate mentium*, ó de la oposicion de voluntades entre marido y muger, segun dice la ley 1.^a, tit. x, Part. 4.^a, denotaba entre los romanos la separacion absoluta de los casados, hecha con arreglo á las leyes, en virtud de la cual, cada uno de ellos podia casarse libremente con otra persona.

Tambien usaron ellos de la palabra *repudio* para espresar la solucion del vínculo matrimonial, distinguiéndola de la de *divorcio*, en que esta la aplicaban siempre á la disolucion del matrimonio, en lugar que la de repudio la estendian al mismo tiempo á la disolucion de los esponsales; pero entre nosotros, como el matrimonio legitimamente celebrado es indisoluble, segun hemos manifestado, entendemos generalmente por **DIVORCIO** la separacion de marido y muger en cuanto á la cohabitacion, ó solamente en cuanto al tálamo, permaneciendo íntegro el vínculo del matrimonio. Leyes 1.^a y 4.^a, tit. x, Part. 4.^a

Esto no obstante, como muchas veces tienen que separarse personas que parecia que se hallaban legítimamente casadas, como sucede en los matrimonios putativos, y aun en los matri-

(1) Artículos 74 y 89.

monios verdaderos hay casos en que, además de la muerte de uno de los conyuges, se disuelve el matrimonio, como por ejemplo en el que espresó el Concilio de Trento, Sess. 24 de Sacramento Matrimonial Cánón 6.º, declarado ya así anteriormente en la Iglesia, y confirmado en la ley 5.ª, tit. x de esta Partida, no hay inconveniente en usar tambien de la palabra *divorcio* para denotar la separacion absoluta de los casados, segun lo vemos practicado por la mayor parte de los escritores, así canonistas como teólogos y moralistas, distinguiendo con este motivo tres clases de divorcio, á saber: 1.ª, en cuanto al *vínculo*: 2.ª, en cuanto á la *cohabitacion*: 3.ª, en cuanto al *tálamo* ó uso del matrimonio.

De cada una de estas clases de divorcio trataremos á continuacion, esplicando su naturaleza y modos como se verifica.

§. V.

Qué es divorcio en cuanto, al vínculo, y casos en que tiene lugar.

Entendemos por *DIVORCIO* en cuanto al *VÍNCULO*, la *separacion absoluta de las personas unidas ya públicamente en matrimonio, de modo que puedan libremente las dos, ó solo una de ellas, pasar á contraer un nuevo enlace*. Esta clase de divorcio, prescindiendo del caso de muerte, puede tener lugar tanto en el matrimonio *rato* como en el *consumado*. En el matrimonio *rato* se verifica en dos casos:

1.º Por la profesion religiosa en una de las órdenes regulares aprobadas por Su Santidad.

2.º Por la dispensa del Romano Pontífice, como opinan varios autores.

Lo primero lo declaró el derecho canónico comun, segun consta del cap. ii de Convers. conyug. Decret. Greg. IX, y se halla además definido por el Concilio de Trento, Sess. 24 de Sacram. Matrim., Cánón 6.º, anatematizando á los que dijeren que el matrimonio *rato* y no *consumado* no se disuelve por la profesion religiosa, cuya doctrina la vemos tambien sancionada en la ley 5.ª, tit. x, Part. 4.ª: debiendo tener presente para su aplicacion, que si contraido el matrimonio y no estando todavia consumado manifestara cualquiera de los conyuges al obispo sus deseos de entrar en Religion, débele este exigir la suficiente

caucion de que dentro de dos meses desde que se le intimare esta providencia ó abrazará el nuevo estado que solicita, ó se unirá con su marido. Cap. vii del mismo título citado de las Decretales.

Para probar el segundo modo de disolverse el matrimonio *rato*, citan varios hechos los escritores de *derecho canónico*, que pueden verse en la Biblioteca canónica de *Ferraris*, además de haberlo declarado así la Congregacion de Cardenales celebrada con este objeto por mandato de Clemente VIII.

Fuera de estos casos, no se admite en el matrimonio *rato* otra causa de separacion en cuanto al vínculo; y de aquí el que ni por la promocion á los sagrados órdenes, ni por el voto simple de castidad, aun siendo perpétuo, pueda disolverse, aunque á primera vista aparezca que milita la misma razon.

En el matrimonio *consumado* solo podrá tener lugar este divorcio en el caso siguiente, á saber: quando de dos infieles ó gentiles casados segun las leyes de su Religion, se convirtiera el uno á la Religion católica, y el otro no quisiera vivir con él, ó queriendo cohabitar con el convertido, no cesara de molestarle y de retraerle de nuestra fe.

Se dice que podrá tener lugar el divorcio en este caso, porque no inmediatamente que se convierta uno de los dos infieles á la Religion católica ya queda disuelto su matrimonio, sino que para ello es preciso interpelar al cónyuge que permanece infiel si quiere convertirse, ó si no le causará molestia alguna al convertido por causa de Religion, señalándosele un plazo para contestar á estos extremos.

Si no contestase, el uso tiene admitido que si el convertido quisiera casarse, obtenga antes la dispensa de Su Santidad, como lo atestigua el Papa Benedicto XIV en el lib. vi de Synod. Diœc., cap. iv, núm. 3.º; de modo que solo así, ó no queriendo el infiel convertirse, ó no ofreciendo que no inquietará al que ha abrazado el catolicismo, podrá este casarse ó entrar en Religion, con lo cual quedará desde entonces libre del primer vínculo: advirtiéndole que si antes de abrazar un nuevo estado se convirtiera el que permaneció en la infidelidad, se reintegrará el primer matrimonio. Así consta de los capítulos vii y viii de Divort. Decret. Greg. IX, y además se halla tambien declarado por la Sagrada Congregacion del Concilio,

como refiere Benedicto XIV, lib. xiii, cap. xxi de Synodal Diœc., y espresó igualmente la ley 3.^a, tít. x, Part. 4.^a

Si los consortes fueran cristianos, y el uno de ellos se hiciera hereje ó apóstata, aunque tambien en este caso puede peligrar la fe del otro, no por ello habrá lugar á la disolucion del vínculo como en el caso anterior, sino que solo servirá este hecho para separarse ó divorciarse en cuanto á la cohabitacion.

Ultimamente, debemos advertir que en un sentido impropio se disuelve tambien el vínculo que parecia existir entre los que se hubieren casado con un impedimento dirimente, cuando intentada la causa de nulidad del matrimonio, lo decretara así la Iglesia por medio de sus tribunales.

Tales son los casos en que tiene lugar el divorcio en cuanto al vínculo. Fuera de ellos, el divorcio se reduce, ó á la separacion de bienes y de habitacion entre marido y muger, ó solo al tálamo ó al uso del matrimonio, de lo cual trataremos á continuacion.

§. VI.

Cómo se define el divorcio en cuanto á la cohabitacion, y en cuanto al tálamo ó uso del matrimonio, y casos en que se admite el uno y otro divorcio.

DIVORCIO en cuanto á la COHABITACION, es la separacion de los cónyuges, en virtud de la cual quedan libres los casados de la obligacion de darse el débito, y de habitar y usar de una misma casa, mesa y lecho.

Su uso está permitido entre cristianos, interviniendo una justa y legitima causa, lo cual consta de la práctica generalmente recibida en la Iglesia además de haberlo declarado así el Concilio de Trento, anatematizando á los que digan que la Iglesia yerra cuando dispone que puedan ser separados los cónyuges en cuanto á la cohabitacion por ciertas y determinadas causas. Sess. 24 de Sacram. Matrim., Cánón 8.^o

Son causas justas para este divorcio:

1.^o La entrada de los dos cónyuges de comun consentimiento en una Religion aprobada, ó la de solo uno de ellos consintiéndolo el otro, prévia la aprobacion en ambos casos del obispo, quien lo permitirá en este segundo si ofrece el que queda en el siglo guardar castidad, ó aun sin esta promesa, si no fuera sospechoso de incontinencia. Así se halla declarado en

los capítulos iv y xiii, de Convers. conyug.; Decret. Greg. IX; y en el mismo sentido se espresó la ley 2.^a, tit. x, Part. 4.^a

2.^o El hacerse uno hereje ó apóstata, como aparece de la ley de Partidas que acabamos de citar; debiéndose tener presente en este caso, que si el cónyuge inocente se separó por su propia autoridad, deberá volverse á unir con el otro si abjuró este la heregia; pero si se separó en virtud de un juicio seguido con este motivo, no puede obligársele á que vuelva á vivir con él, segun dispone el cap. vi de Divort., Decret. Greg. IX.

3.^o El ser un cónyuge ocasion de pecado para el otro, como se colige del cap. ii del mismo título de las Decretales, y espresó terminantemente el Cánón 5.^o, Caus. 28, Quæst. 1.^a

4.^o El adulterio de cualquiera de los dos cónyuges, segun la doctrina recibida en la Iglesia, á no ser que hubieran concurrido en este hecho algunas circunstancias que hicieran inculpable al adúltero; ó se hubieran reconciliado entre sí los consortes; ó fueran los dos reos del mismo delito, como se halla establecido en varios capitulos del derecho canónico.

5.^o El trato cruel del marido con la muger, ó un ódio capital hácia ella, vertiendo amenazas acompañadas de graves injurias, ó armándole asechanzas para quitarle la vida; lo cual debe entenderse tambien quando estos escesos procedieron de parte de la muger, segun se deduce del cap. i de Divort. Decret. Greg. IX.

Otras mas causas citan los prácticos, como, por ejemplo, el caso de *enfermedad contagiosa*, la *demencia*, el *voto ultramarino*, y otras semejantes; sobre las cuales puede verse la ley 7.^a, tit. ii, Part. 4.^a, particularmente en cuanto al verdadero juicio que ha de formarse del caso de enfermedad contagiosa, que algunos la suponen como causa absoluta de separacion, siendo así que entonces es quando mas deben dar pruebas los cónyuges de la fe y lealtad que se prometieron.

Fundados en estos principios los autores del nuevo Código, despues de admitir como causas legítimas para el divorcio las mismas que hemos espresado, añaden en cuanto á la *enfermedad* y á la *demencia*, que ninguno de estos accidentes autorizan el divorcio, sino que solo podrán dar lugar á que con conocimiento de causa, y á instancia de un cónyuge, pueda suspender

el juez la obligacion de cohabitar; pero quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales, que es el modo como á nuestro juicio deben considerarse (1).

Finalmente, la última clase de *divorcio* es la que se refiere al *tálamo* ó uso del matrimonio, que no es mas sino la *separacion de los cónyuges relativamente á la obligacion de pagarse el débito, permaneciendo unidos en cuanto al vínculo y á la cohabitacion*.

Esta separacion puede hacerse por mútuo consentimiento, y aun por voluntad de uno solo contradiciéndolo el otro consorte, de lo cual presenta algunos casos la ley de Partidas últimamente citada. No sucede así en las demás clases de divorcio, y de aquí la necesidad de saber el modo cómo debe procederse á la separacion por cualquiera de las causas espresadas.

§. VII.

Cómo ha de procederse al divorcio en cada una de las clases en que se divide.

Antes de determinar cómo debe procederse al divorcio, se hace preciso hacer dos observaciones, á nuestro modo de ver muy interesantes.

La primera es que el divorcio debe decretarse por sentencia judicial en dos casos, á saber: 1.º, cuando se pidiere la nulidad del matrimonio; y 2.º, cuando se tratase de la separacion de los cónyuges en cuanto á la cohabitacion. En uno y en otro caso resultarian graves inconvenientes al Estado y á las familias si se dejara al arbitrio de los casados proceder á su separacion; y de aquí el haberse prohibido que estos puedan separarse por su propia autoridad, segun espresó el Rey don Alonso el Sábio en el Proemio del tit. x, Part. 4.ª, cuya doctrina ha sancionado igualmente el nuevo Código (1). Solo cuando se tratase de la separacion en cuanto al tálamo, podrá verificarse esta por consentimiento de los consortes en los términos que hemos manifestado.

La segunda observacion es, que el conocimiento de las

(1) Arts. 76 y 78.

(1) Art. 77.

causas de nulidad de matrimonio, así como el de las que se refieren al divorcio en cuanto á la cohabitacion, pertenece á la jurisdiccion de la Iglesia. Lo declaró así el derecho canónico común, segun es de ver por el cap. XII, de exces. Præl. Decr. Greg. IX, y además se halla definido por el Concilio de Trento, anatematizando á aquellos que dijeren lo contrario. Sess. 24 de Reform. Matrim., Cánón 12. Ultimamente, en este mismo sentido se espresaron las leyes 2.^a, tit. IX, y 7.^a, tit. X, Part. 4.^a

Siendo esto así, no podemos en manera alguna admitir la doctrina del nuevo Código, en cuanto distingue las causas de divorcio de las de nulidad de matrimonio, atribuyendo las primeras á solo los tribunales civiles (1), y reservando las de nulidad á la autoridad eclesiástica para que conozca en ellas segun las leyes de la Iglesia (2).

Para convencerse de lo defectuosa que es semejante distincion, léanse en el Concilio de Trento los Cánones 8.^o y 12 de la Sess. 24 de Reform. Matrim., y júzguese si despues de haberse decidido en ellos, bajo pena de excomunion, que la Iglesia no yerra cuando decreta que puede hacerse por varias causas la separacion del lecho ó de la cohabitacion entre los casados, y que las causas matrimoniales pertenecen á los jueces eclesiásticos, podrá hacer la autoridad civil alguna alteracion en los Cánones citados sin declarar antes la Iglesia su conformidad, y sin deslindar las causas á que quiso referirse en su definicion.

Nada mas decimos por no ser de nuestro instituto, y porque basta la simple lectura de dichos decretos para conocer que mientras que la Iglesia no haga variacion en ellos, únicamente á su autoridad es á quien pertenece conocer tanto en las causas de nulidad como en las de divorcio, cuyo modo de procederse en unas y otras lo espresaremos separadamente á continuacion, indicando solamente lo mas general del procedimiento.

Modo cómo ha de procederse en las causas de nulidad de matrimonio.

Al manifestar en general el órden del procedimiento en es-

(1) Art. 75.

(2) Art. 90.

tas causas, parece muy propio advertir que los jueces natos de ellas son los obispos en sus respectivas diócesis, como lo declaró el Concilio de Trento, cap. xx, Sess. 24 de Reform.; é igualmente lo son los prelados inferiores que tienen jurisdiccion episcopal en territorio propio, segun el cap. i de Consang. et affin. Decret. Greg. IX, y la ley 7.^a, tit. x, Part. 4.^a

Esto supuesto, como á estas causas no debe preceder el juicio de conciliacion, se presenta desde luego la demanda, la cual puede intentarse ó por uno de los cónyuges resistiéndolo el otro, ó por los dos al mismo tiempo. En ambos casos pasará el juez eclesiástico los autos al fiscal del tribunal, ó se nombrará un *defensor* que desempeñe este oficio, si no lo hay ya establecido en la diócesis al tenor de la Constitucion de Benedicto XIV de 3 de Noviembre de 1741.

Manifestado por el fiscal ó defensor su parecer, se seguirá el juicio entre este y los cónyuges si los dos pidieren la nulidad; ó entre el que solicita la disolucion y el que la niega, apoyado por el defensor, observándose en uno y otro caso los trámites de un juicio ordinario.

Dada la sentencia, apelará de ella el defensor si fuere contraria á la existencia del matrimonio, presentándose como parte en el tribunal superior, en el que hará de actor otro defensor que se nombre, ó desempeñará este oficio su fiscal.

Finalmente, diremos por conclusion, que aunque en el tribunal superior se declarara la nulidad del matrimonio, no por ello pasaria esta sentencia en autoridad de cosa juzgada; teniendo que volver á unirse los contrayentes si de nuevo apareciesen ser falsas las pruebas que dieron lugar á la disolucion.

Para la inteligencia de alguna de las materias relativas á las causas de nulidad y de divorcio, podrán consultarse las leyes de los títulos ix y x, Part. 4.^a

Modo de procederse en las causas de divorcio.

Si la causa fuese de divorcio, en el sentido en que se toma generalmente esta palabra, ha de tenerse presente que desde la ley de enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855 no es ya la autoridad eclesiástica la que puede decretar el depósito, ni en el caso de instruirse causa sobre el valor de los esponsales y su

cumplimiento, como dispuso la ley 16, tit. II, lib. X, Novísima Recopilacion, ni en el de haberse intentado el divorcio por la muger ó el marido; sino que lo es solo el juez civil ordinario, segun el art. 1278 de la ley de enjuiciamiento; siendo el competente el del domicilio de la persona que ha de ser depositada, si bien á las veces podrá por razon á la urgencia decretarlo interinamente el juez del lugar donde ella se encontrare, con la obligacion de haber de remitir las diligencias al juez del domicilio, y de poner la persona á su disposicion. Artículos 1279 y 1280. Cualquiera que sea el juez que lo hubiere decretado, para llevarlo á efecto deberá atenerse á lo que prescribe dicha ley, lo cual puede verse en los artículos desde el 1281 hasta el 1300.

Esceptuando, pues, lo relativo al depósito de la muger casada, en lo demás se observarán las reglas del procedimiento con las especialidades propias de este juicio, que será preciso anotar para su conocimiento.

Estas son, que previo el juicio de conciliacion en el que no hubiere habido avenencia, lo cual se hará constar por la correspondiente certificacion, del mismo modo que en el caso de haberse intentado sin efecto, se presenta un escrito al tribunal eclesiástico, espresándose en él las razones que tenga el cónyuge para pedir el divorcio, ofreciendo sobre ellas sumaria informacion.

Dada esta, ó en el mismo escrito presentado, se pide que se admita la demanda, á lo cual acuerda el juez lo que procede, oyendo antes al fiscal ó defensor de los matrimonios en los términos arriba manifestados. Si se admite, la parte á quien interesa hacerlo constar en el juzgado de primera instancia, sacará un testimonio, para los efectos del depósito de la muger, con arreglo á los artículos 1288 y 1293, y desde 1295 al 1299 de la ley de enjuiciamiento, y continuarán los demás trámites de un juicio ordinario hasta llegar á la sentencia, dándose audiencia al defensor en los autos de conclusion para prueba y definitiva. Si se promovieren algunos incidentes sobre dote, alimentos y demás negocios temporales, se sustanciarán por la jurisdiccion Real ordinaria, segun dispone la ley 20, tit. I, lib. II, Novísima Recopilacion, remitiéndose al juzgado el testimonio de hallarse incoada la causa de divorcio.

Pronunciada la sentencia, puede interponerse apelacion, la

cual, una vez admitida, pasará la causa al tribunal superior inmediato, que será, ó el del metropolitano si se conoció en primera instancia ante el obispo sufragáneo, ó el de la Rota, si se conoció ante el del metropolitano.

Seguido el recurso de apelacion, y dadas tres sentencias conformes, se considerará la causa como pasada en autoridad de cosa juzgada, á diferencia de las causas de nulidad, que como hemos dicho, no reciben jamás esta fuerza, si bien no obsta esta circunstancia, á que si las partes divorciadas conocen que les es mas útil estar unidas que separadas, puedan verificarlo aun en el caso de haberse decretado el divorcio perpétuo, como sucede si lo fué por adulterio, segun espresó la ley 2.^a, tit. ix, Part. 4.^a, y confirma igualmente el nuevo Código (1).

Tal es, en general, el modo cómo ha de procederse en las causas de nulidad de matrimonio y de divorcio, lo cual nos ha parecido conveniente indicar, tomando ejemplo del proyecto del Código civil, que tambien presenta en varios de sus artículos (2) algunos preliminares necesarios para el seguimiento de estas causas.

Solo falta que veamos las consecuencias del divorcio, ó los resultados que produce su declaracion.

§. VIII.

Resultados que produce la declaracion de divorcio.

Para que fácilmente puedan conocerse los efectos del divorcio, será preciso que lo consideremos segun la misma division ó clasificacion que arriba se ha presentado.

Empezando por el que se verifica á consecuencia de haberse declarado nulo el matrimonio, diremos que si este se hubiere contraído de buena fé por parte de los dos consortes, ejecutoriada la sentencia de nulidad, y teniendo que separarse absolutamente los contrayentes, escepto la limitacion en caso de impotencia de poder vivir juntos como hermanos, arreglarán ellos sus intereses, bien sea con sujecion á las capitulaciones matrimo-

(1) Art. 80.

(2) Artículos 79, 80, 81, 90, 91 y 92.

niales, ó bien con arreglo á lo que disponen las leyes para el caso de disolucion por muerte, ó de separacion por divorcio perpétuo; quedando los hijos habidos durante la buena fé bajo la consideracion de legítimos, segun la ley 1.^a, tit. xiii, Part. 4.^a, y como tales, con derecho á los alimentos y á la sucesion en los mismos términos que si hubieren nacido de un matrimonio verdadero.

Cuando la buena fé solo estuviere de parte de uno de los consortes, producirá con respecto á él y á los hijos de este matrimonio los efectos que acabamos de espresar, como es de ver por la ley 3.^a, tit. iii, Part. 4.^a; pero no tendrá el que lo contrajo de mala fé ningun derecho, ni sobre el otro consorte ni sobre los hijos que hubiere habido, ni tampoco sobre los bienes, segun así lo disponen las leyes 50 y 51, tit. xiv, Part. 5.^a, con cuya doctrina se halla conforme el nuevo Código (1).

Vistos los efectos de la separacion absoluta de los contrayentes en caso de haberse declarado nulo el matrimonio, los que produce el otro divorcio en que solo se separan los cónyuges en cuanto á la cohabitacion, permaneciendo íntegro el vínculo, son los siguientes:

Ejecutoriada que sea la sentencia por la cual se decreta la separacion, tendrá obligacion el marido de continuar suministrando á su muger los alimentos, los cuales, si fué él quien dió causa al divorcio, deberán ser de los llamados *civiles*, esto es, proporcionados á sus facultades y acomodados á la clase á que pertenezca la muger; mas si esta fuere la culpable, cumplirá con dar aquel lo mas preciso para su subsistencia, como se colige de las Reales cédulas de 22 de Marzo de 1787, y 18 del mismo mes de 1804.

Con respecto á los hijos, corresponde á la madre la obligacion de alimentarles hasta los tres años de su edad, ora sea ella inocente, ora culpable; y desde esta edad en adelante al que dió causa al divorcio, á no ser que este fuere pobre y el otro rico; pero el criarlos y el tenerlos en su poder, siendo mayores de tres años, pertenece al inocente, como dispone la ley 3.^a, tit. xix, Part. 4.^a.

(1) Artículos desde el 93 al 97 inclusive.

Ultimamente, según doctrina de los comentadores del derecho, el cónyuge que dió causa al divorcio no participará de los gananciales que proceden de parte del inocente, y tendrá que dar á este la mitad de los que procedieren de la suya, como afirman Azevedo, Matienzo y otros citados por el Sr. Sala en su ilustración al derecho español. Lib. I, tit. IV, núm. 19.

Aunque en lo principal convienen estos efectos con los declarados por el nuevo Código en caso de divorcio, nos parece que se hallan mejor espresados en esta colección, como podrá verse consultando los artículos que se refieren á esta materia (1).

Con ello quedan esplicados los resultados que ofrece la declaración del divorcio, y juntamente los efectos que se deducen del matrimonio atendidos los principios de unidad é indisolubilidad, que dejamos sentados en los párrafos II y III de esta lección: veamos ya cuáles son los que se derivan de las leyes civiles.

§. IX.

Efectos del matrimonio derivados de las leyes civiles.

Para poder mejor determinar los efectos que produce el matrimonio, derivados inmediatamente de la ley civil, los dividiremos en cuatro clases, á saber: 1.^a, de los comunes á los dos cónyuges; 2.^a, de los propios á cada uno de ellos; 3.^a de los que se refieren á los hijos, y 4.^a de los relativos á los bienes aportados al matrimonio, ó ganados durante este.

Efectos del matrimonio con respecto á los dos cónyuges en general.

Estos son los siguientes:

1.^o Salir de la patria potestad. Ley 3.^a, tit. V, lib. X, Novísima Recopilación (2).

2.^o Haber de vivir juntos, mientras no ocurran algunas causas justas para su separación, en virtud de declaración competente.

(1) Artículos desde el 82 al 88, y desde 1354 á 1362.

(2) Art. 272.

3.º Haber de guardarse fidelidad, y socorrerse mutuamente.

4.º Deberse reciprocamente el débito. Así lo establecen las leyes 1.ª, 3.ª y 7.ª, tit. II, Part. 4.ª, con las cuales está conforme el nuevo Código (1).

Efectos del matrimonio relativamente á cada cónyuge.

Estos, con respecto al marido, son:

1.º Ser jefe de la familia, y haber de proveerla con lo necesario para la vida. Ley 5.ª, tit. II, Part. 3.ª

2.º Poder administrar, teniendo 18 años, la hacienda suya y la de su muger, sin necesidad de dispensa, segun dispone la ley 7.ª, tit. II, lib. x, Novis. Recop. : si bien conservará hasta los 25 la calidad de menor, y como tal, gozará del beneficio de restitucion *in integrum*; tendrá que presentarse en juicio por medio de curador; y no podrá enagenar ni gravar de por sí los bienes raices; sino que deberá para estos actos nombrar su curador, quien practicará las diligencias para obtener la autorizacion judicial competente, como enseñan los prácticos, y propone tambien en cierto modo el nuevo Código (2).

3.º Adquirir la patria potestad sobre los hijos. Ley 4.ª, título XVII, Part. 4.ª (3).

4.º Egercer por sí y por su muger todos los actos judiciales y extrajudiciales sin distincion alguna, segun la ley 5.ª, tit. II, Part. 3.ª, con la limitacion espresada en el núm. 2.ª; no pudiendo la muger egercerlos bajo pena de nulidad, sin estar autorizada especial ó generalmente por su marido, como dispone la ley 11, tit. I, lib. x, Novis. Recop., á no ser en los casos siguientes:

1.º En el de aceptacion de la herencia, si la admitiere con beneficio de inventario. Ley 10, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

2.º En el caso de estar el marido ausente, y no esperarse su pronto regreso; si bien deberá suplir entonces el juez este consentimiento, segun dispone la ley 15, tit. I, lib. x, id., del mismo modo que cuando el marido se negase á prestarlo, aun despues de haberle compelido el juez. Ley 13. id.

(1) Art. 57.

(3) Art. 144.

(2) Art. 60



3.º En las disposiciones por última voluntad.

4.º En los actos relativos á las causas criminales que se formaren contra la muger.

5.º En todos los demás negocios en que se presume que los aprueba el marido, ó en las reclamaciones que tuviere que hacer contra él, como para pedir la nulidad del matrimonio, entablar demandas de divorcio, de alimentos y de restitucion de dote, ó tambien cuando la muger haya de otorgar poderes al marido para egecutar actos en que sea necesaria la anuencia de ella, ó para litigar con él, ó para comparecer en una escritura de obligacion mancomunada, y otras semejantes.

Fuera de estos casos, no valdrán los actos que hiciere la muger sin la autorizacion general ó especial del marido, como espresan las leyes 11 y 12, tit. 1, lib. x, Novis. Recop. á no ser que este los ratificara despues, segun dispone la ley 14 del mismo título y libro (1).

Los que se refieren á la muger son los siguientes:

1.º Constituirse bajo la proteccion del marido, obedecerle, habitar en su compañía, y seguirle donde fijare su residencia, bajo la pena de quedar privada del derecho á los alimentos y de los beneficios de la sociedad conyugal si sin justa causa se negase á ello, segun resuelven los prácticos y confirma el nuevo Código (2).

2.º Adquirir los honores y dignidades del marido, como espresa la ley 7.^a, tit. II, Part. 4.^a, que conservará mientras permaneciére viuda.

Efectos del matrimonio con respecto á los hijos.

A tres podemos reducir los efectos que las leyes atribuyen al matrimonio relativamente á los hijos, á saber:

1.º El de ser legítimos, con tal que nacieran en tiempo en que puedan reputarse como fruto del matrimonio; y entonces se consideran como tales si nacen á los seis meses y un dia

(1) Arts. desde el 62 al 68.

(2) Arts. 58 y 59.

cuando menos despues de haberse celebrado, ó á los diez meses cuando mas despues de disuelto por muerte ó separados los padres por divorcio, sin tocar un solo dia del undécimo mes, y constando que los consortes hubieren vivido juntos hasta este tiempo. Ley 4.^a, tit. xxiii, Part. 4.^a Igualmente se consideran como hijos legítimos los nacidos de un matrimonio putativo, si nacieron en los tiempos espresados, ignorando los padres ó solo uno de ellos el impedimento. Ley 1.^a, tit. xiii, Part. 4.^a

En este mismo sentido se espresa el nuevo Código, y á nuestro parecer con mucha mas claridad que la que presenta nuestra legislacion actual (1).

2.^o El quedar sujetos al poder paterno, como dicen las leyes 1.^a y 2.^a, tit. xvii, Part. 4.^a, mientras no se disuelva la patria potestad por los medios que han señalado las leyes del tit. xviii, Part. 4.^a, y 3.^a, tit. v, lib. x, Novis. Recop (2).

3.^o El de adquirir un estado social, en virtud del cual gozan de varias consideraciones que las leyes deniegan á los habidos fuera de matrimonio, como se colige de la ley 2.^a, título xxiii, Part. 4.^a, cuyo estado podrán reclamar los hijos en todo tiempo si tuvieren pruebas que lo acrediten.

Cuáles sean estas pruebas y á qué tribunal compete el conocimiento de estas causas, lo espresa con mucha claridad el nuevo Código (3), cuyas doctrinas no tenemos inconveniente en adoptar, por estas fundadas en la práctica que actualmente rige.

Finalmente, con respecto á los bienes á que tienen derecho los casados, como son varios los efectos que se producen por el matrimonio, atendida su indole particular y procedencia, hablaremos con separacion de cada uno de ellos en la siguiente leccion.

(1) Arts. desde al 101 al 109.

(2) Arts. 144 y 160.

(3) Artículos desde el 109 al 117 inalusive.

LECCION OCTAVA.

DE LOS BIENES MATRIMONIALES.

SÉCCION PRIMERA.

De los bienes que cada cónyuge aportare al matrimonio.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Antigüedad de la dote y su forma actual.—§. III. Cómo se define, y sus divisiones.—§. IV. Personas que tienen obligacion de dotar.—§. V. De qué bienes ha de sacarse la dote.—§. VI. Cantidad que puede darse por este respecto.—§. VII. Cosas en que puede constituirse.—§. VIII. Tiempo y modo como puede hacerse su señalamiento.—§. IX. Sus efectos en cuanto á su administracion.—§. X. Disposiciones acerca de su restitucion.—§. XI. Naturaleza de los bienes parafernales.—§. XII.Cuál sea la de la donacion PROPTER NUPTIAS.—§. XIII. Idea de las escrituras matrimoniales.

§. I.

Razon del método.

Por las lecciones anteriores se puede venir en conocimiento de que en el matrimonio existen obligaciones inseparables de este estado, y como muchas de ellas no puedan cumplirse sin el auxilio de ciertos bienes, el órden pide que se trate de la naturaleza de los que por diversos conceptos se hallan destinados á este objeto.

De estos bienes, hay unos que son de la propiedad del cónyuge que los aportó al matrimonio; se adquieren otros con motivo de su celebracion; y hay otros, en fin, que se ganan por mitad durante la sociedad conyugal, cuya clasificacion admite tambien el nuevo Código (1).

Los que pertenecen al dominio de aquel que los aportó al matrimonio, son: con respecto á la muger, *los bienes en que*

(1) Arts. 1235 y 1245.

consista la *dote*, y los *parafernales* ó *estrados*; y con respecto al marido, las *donaciones PROPTER NUPTIAS*, y cuantos otros bienes adquiriera por título gratuito.

Los que se adquieren por donaciones que con motivo del matrimonio se hacen los esposos, son los *regalos de bodas*, conocidos con el nombre de *donaciones esponsalicias*, y las *arras*.

Finalmente, los que se ganan por mitad, durante la sociedad conyugal, se llaman *bienes gananciales*.

De cada una de esta clase de bienes se tratará en la presente lección, la cual para su mayor claridad hemos creído conveniente dividir en tres *secciones*; siendo objeto de la presente el examinar la naturaleza de los que cada cónyuge aportar al matrimonio, y cuyo primer lugar ocupará la *dote*, haciendo ver ante todo su antigüedad y la forma que actualmente tiene.

§. II.

Antigüedad de la DOTE y su forma actual.

La dote es una de las instituciones mas antiguas de nuestra Monarquía. Estuvo en uso entre los habitantes de la Cantabria ó Vizcaya, aun antes de que los pueblos del Norte se apoderaran de España; pero su forma fué muy diferente de la que tiene en la actualidad, pues el marido y no la muger era quien la constituía, segun refieren Estrabon y Tácito.

El Fuero Juzgo la admitió en este sentido, y así fué continuando en los tiempos posteriores, como puede demostrarse por las colecciones de los Fueros municipales, en donde encontraremos autorizadas en esta parte las leyes Godas, con sola la diferencia de dar el nombre de *arras* á lo que los antiguos llamaron *dote*.

Las leyes de Partidas variaron el sistema dotal que hasta entonces se habia seguido en todos los reinos de España; no siendo ya el varon, sino la muger ú otro por ella, los que constituyen la dote, segun lo determinado por esta legislación, la cual vemos cosingnada en las leyes recopiladas, y admitida igualmente en el nuevo Código, en cuyos artículos al hablar de la *dote* siempre se la considera como producto de los bie-

nes que la muger ú otro por ella aportan al matrimonio (1).

Cuál de los dos sistemas sea mas digno de consideracion, es un punto difícil de resolver. Solo diremos que, aun cuando algunos tachen de mezquina y poco decorosa esta inovacion, á nosotros nos parece sin embargo de mucha utilidad; puesto que por ellas se facilitan los matrimonios, única razon sin duda por la que la han admitido en sus Estados los gobiernos modernos de Europa.

Si, pues, desde la publicacion del Código de las Partidas, no es ya el marido, sino la muger, la que constituye la dote, preciso era que tuvieran desde entonces otra consideracion las donaciones que hicieran los maridos á sus mugeres. Así lo comprendieron tanto las leyes del Fuero Real como las de Toro, y al efecto, conservándoles el mismo nombre de *arras* con que los Fueros municipales designaban la antigua dote, establecieron acerca de ellas la jurisprudencia que actualmente se observa.

De esta clase de donaciones nos ocuparemos en la siguiente seccion, limitándonos en esta á examinar la naturaleza de la dote en el sentido en que hoy dia se la considera, y cuya definicion, así como la de cada una de las especies en que se divide, daremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Definicion de la dote y sus divisiones.

Entendemos hoy dia por DOTE, *el algo ó caudal que da la muger al marido por raxon de casamiento*, como espresó la ley, 1.^a tit. XI, Part. 4.^a; pero mas determinadamente diremos que es: *el capital que la muger ú otro por ella da al marido para ayudar á sostener las cargas del matrimonio*.

Algunos comentadores del derecho, al definir la dote espresan que no es el capital, sino sus rentas, las que han de servir para sostener estas cargas; mas como no todas las dotes producen réditos, cuales son las que consisten en bienes muebles, y aun las que los producen, si son estimadas, pasan en pleno dominio al marido, tenemos por mas exacta nuestra definicion.

(1) Artículos desde el 1265 á 1307.

La dote se divide: 1.º, en *adventicia* y *profecticia*; 2.º, en *voluntaria* y *necesaria*; 3.º, en *estimada* é *inestimada*; 4.º, en *prometida*, *confesada* y *entregada*.

NOTE ADVENTICIA es la que da la muger por sí misma de lo suyo al marido, ó su madre por ella, ó cualquier otro pariente que no venga de la línea recta paterna, ó algun extraño. Ley 2.ª, tit. XI, Part. 4.ª

NOTE PROPECTICIA es la que sale de los bienes del padre, ó de los otros parientes por la línea paterna. Ley id. Si los bienes no fueran del padre, aunque se reciban por mano de este, no por ello será *profecticia* la dote, sino *adventicia*. Tal sería, si debiendo él alguna cantidad á la hija, la diera en dote á su marido por mandato de esta; ó tambien si algun otro diera ciertos bienes al padre para dotar con ellos á la misma, á no ser que el extraño hiciera esta donacion en contemplacion al padre, que entonces sería *profecticia*, segun la glosa de Gregorio Lopez á la ley citada.

Algunos añaden á estas dos clases de dote otra que llaman *mixta*, considerando como tal á la que el padre y madre constituyen de comun acuerdo, ó el padre solo si la constituye de los bienes gananciales.

NOTE NECESARIA es la que constituyen las personas que tienen obligacion de dotar por la ley, ó por razon de alguna promesa que hubieren hecho á la muger. Ley 8.ª, tit. XI, Part. 4.ª

NOTE VOLUNTARIA es la que la muger por sí misma, ú otro en su nombre, diere sin tener ninguna obligacion. Ley idem. Una y otra dote no pueden revocarse despues de constituidas, aunque apareciere que hubo error en la causa por que se hubieren constituido. Ley 35, tit. XIV, Part. 5.ª

NOTE ESTIMADA es la que se constituye en valor determinado, y para cuyo pago se dan bienes justipreciados en cantidad igual al que se espresó. Tal sería si uno dijere: doy en dote á mi hija mil pesos en los bienes siguientes: en tal casa, justipreciada en quinientos; en tal campo justipreciado en tres cientos, y en ropas y alhajas en doscientos.

NOTE INESTIMADA es la que se refiere á bienes determinados que se entregan al marido sin hacer la apreciacion de ellos, ó que aun quando se aprecien, es solo con el objeto

de que pueda constar su valor, como por ejemplo: doy en dote á mi hija tal heredad, ó tal casa, ó doy en dote tales bienes, que segun justiprecio valen mil pesos. Leyes 16, 19 y 26, título XI, Part. 4.^a

NOTE PROMETIDA es la que se debe en virtud de una promesa hecha por aquel que no tiene obligacion de dotar. CONFESADA es aquella cuya entrega solo consta por la confesion que hace el marido; y ENTREGADA ó NUMERADA aquella que pueda hacerse constar realmente, sirviendo principalmente para ello la escritura dotal.

Estas mismas divisiones pueden servir para facilitar la inteligencia de la doctrina del nuevo Código. Así es que si la division de la dote en *adventicia* y *profecticia* sirve en la actualidad para determinar los bienes que han de traerse á colacion en la herencia de los padres, de esta misma nos podemos servir con respecto al Código, diciendo que la dote *profecticia* ha de llevarse á colacion en la herencia del padre, la *adventicia* en la de la madre y la *mixta* en la de los dos, ó por mitad, ó en la parte que de cada uno hubieren recibido (1).

Tambien hay lugar, segun el Código, á la division de dote *necesaria* y *voluntaria*, puesto que tambien en él se designan las personas que tienen obligacion de constituirla (2). Lo mismo diremos en cuanto á la *estimada* é *inestimada*, pues en él se hace mencion de bienes dotal, estimados y sin apreciacion ó estimacion (3).

Finalmente, en el Código se habla de promesas de dote y del que la promete (4); de confesion de dote (5), y de bienes aportados ó entregados, que han de hacerse constar por la escritura de capitulaciones matrimoniales (6); y todo esto persuade la utilidad que presta la division que en referencia al Código puede hacerse de dote *prometida confesada* y *entregada*.

El objeto de todas estas divisiones, tanto que las consideremos con arreglo al nuevo Código, como relativamente á la

(1) Artículos 879, 1271 y 1330.

(2) Art. 1269.

(3) Artículos 1281 y 1298.

(4) Artículos 1268 y 1274.

(5) Art. 1293.

(6) Artículos 1243 y 1244.

actual legislacion, no es otro sino el de saberse á primera vista la procedencia de la dote, y poder además determinar con facilidad el modo de constituirse, y sus efectos.

Para que esto se consiga, interesa saber primero quiénes tienen ó no obligacion de dotar, de lo cual nos ocuparemos en el siguiente párrafo.

§. IV.

Que personas tienen obligacion de dotar.

Tienen obligacion de dotar, unos por la ley, y otros por efecto de un contrato.

Por la ley, la tienen:

1.º El padre á su hija legítima constituida en su potestad, tenga esta ó no bienes propios. Ley 8.ª, tit. XI, Part. 4.ª Igualmente la tienen sin disputa los abuelos respecto á la nieta que hubieren adoptado.

2.º La madre hereje, judía ó mora á su hija católica, segun la ley 9.ª, id., cuya circunstancia ha omitido el nuevo Código, imponiendo absolutamente al padre y madre ó al que de ellos viviese esta obligacion (1).

3.º El curador á la huérfana que tuviere en su poder ó guarda. Ley. id.

4.º Los poseedores de mayorazgos con respecto á sus hermanos, siempre que no inviertan la sexta parte de las rentas en alimentos á su inmediato sucesor, ó en pagar las pensiones que señale la fundacion; entendiéndose tambien esta obligacion con los inmediatos sucesores, relativamente á la mitad de los bienes que se les reservan. Art. 10 de la ley de 27 de Setiembre de 1820.

5.º Finalmente, por razon de contrato, están obligados á realizar la dote cuantos la hubieren prometido, si por otra parte reunen los requisitos que exigen las leyes para poder obligarse.

Los tenidos á esta obligacion podrán en su caso ser apremiados por el juez, segun la ley 9.ª, tit. XI, Partida 4.ª, á no ser que tuvieren alguna justa causa que alegar, como con res-

(1) Art. 1269.

pecto al padre señalan los prácticos el haberse casado la hija menor de veinte y tres años contra la voluntad de aquel, sin haber suplido la autoridad civil su consentimiento, lo cual se halla dispuesto asimismo en el nuevo Código en términos absolutos, por no admitir recurso alguno contra el disenso del padre (1).

Si además de los casos que hemos referido podrán ó no añadirse otros en los que haya de reconocerse la obligacion de constituir la dote, esto dependerá del juicio que cada cual forme acerca de la causa de que proceda.

A nosotros nos parece que la obligacion de dotar, aunque muy justa, no tiene otro fundamento mas que la ley civil, á la cual por razones de conveniencia pública le pertenece establecerla bajo el sistema que mas análogo le pareciere, ó modificarla y aun suprimirla si la experiencia no acreditara las ventajas que se consiguen por ella.

Recuérdese lo que hemos dicho acerca de la antigüedad de las dotes y de la variacion que introdujeron las leyes de Partidas y no podremos menos de admitir esta idea; resolviendo al tenor de la misma, que solo las personas que hemos designado son las únicas que están tenidas á esta obligacion, si bien no todos la deben constituir con sus propios bienes, como lo haremos ver á continuacion.

§. V.

De qué bienes ha de sacarse la dote.

Para saber de qué bienes ha de pagarse la dote, debemos distinguir los casos siguientes:

1.º Cuando marido y muger casaren alguna hija comun, y ambos ó solo el padre le prometiera dote, deberá pagarse de los bienes gananciales, y no habiéndolos, ó no siendo suficientes, se suplirá de los que cada uno tuviere. Ley 4.^a, tit. III, lib. X, Novis. Recop.

2.º Si despues de hecha la promesa por ambos cónyuges, renunciara la muger los bienes gananciales, ó aun no renun-

(1) Art. 53 y 1269.

ciándolos, declarara el padre al tiempo de constituir la dote que la daba á cuenta de la legítima paterna, se abonará de los bienes de este; pero con la obligacion en la madre en el primer caso de suplir lo que faltare con sus propios bienes. Argumento de dicha ley.

3.º Cuando muerto uno de los cónyuges ofreciere la dote al sobreviviente, ha de pagarse de sus propios bienes, aun en el supuesto caso de que la hija los tuviere, á no ser que el padre careciera de ellos ó no tuviere los necesarios. Ley 8.ª, tit. xi, Part. 4.ª

4.º Si la constituyere el abuelo á la nieta que hubiere adoptado, ó la madre herege á su hija católica, la satisfarán tambien de sus propios bienes, si los tuvieran. Fuera de estos casos, así como el de estar las hijas ó nietas bajo la tutela y curatela de sus madres ó abuelas, se sacará de los bienes de las hijas ó nietas, salva siempre cualquiera manifestacion en contrario. Leyes 8.ª y 9.ª, id.

5.º Si muertos los padres, y estando la herencia por dividir, constituyera la dote el hermano á la hermana, se entiende que lo hace con los bienes que á esta tocaren; mas si fuere por razon del mayorazgo que poseyere, deberá sacarse de la sexta parte del mismo, en los términos arriba manifestados.

6.º Finalmente, todo aquel que prometiese dote á una muger, no estando obligado, debe hacerlo con sus propios bienes en la parte que pueda disponer con arreglo al derecho. Ley 10, tit. xi, Part. 4.ª

En el nuevo Código se presenta con mas sencillez la doctrina que acabamos de esponer, pues toda ella está reducida á las tres reglas siguientes:

1.ª Cuando la esposa tuviere bienes propios, y sus padres, parientes ú otras personas le prometieran dote, no ha de satisfacerse esta de los bienes de la esposa, sino con los que pertenezcan al que hiciere la promesa, mientras no se espresare lo contrario (1).

2.ª Cuando los dos cónyuges constituyeran juntamente la dote á sus hijas ó descendientes, deben pagar su importe por mitad, ó en la proporcion en que se obligaren; pero si alguno

(1) Art. 1268.

de los cónyuges lo hicieren por sí solo, deberá pagarla con sus propios bienes, excepto en el caso en que fuera el marido quien la prometiera, que entonces ha de salir de los bienes gananciales, á no ser que se pactara que hubiera de satisfacerse con sus propios bienes (1).

3.ª Cuando la hija no tuviere bienes equivalentes á la mitad de la legítima que se presume podrá corresponderle, suplirán lo restante el padre ó la madre que constituyeran la dote hasta llegar á cubrir el valor de la misma (2).

Excepto este último caso, los dos primeros pueden citarse como doctrina del derecho para su aplicacion actual, con lo cual podrá comprenderse tanto por una y otra fuente la clase de bienes de donde ha de pagarse la dote. Veamos, esto supuesto, la cantidad que por este concepto puede darse.

§. VI.

Cantidad que puede darse en dote.

Segun la ley 6.ª, tít. 1, lib. III del Fuero Juzgo, el esposo no podia dar en dote á la esposa mas de la décima parte de sus bienes, aunque si fuera el suegro de esta quien la constituyera, podia además de la décima de lo que su hijo hubiere de heredar, dar en prendas lo que quisiese, no pasando de mil sueldos.

Continuó en general la observancia de esta disposicion bajo el sistema foral; pero al mismo tiempo fueron introduciéndose en ella algunas modificaciones por varios Fueros, como la que estableció el Fuero de Cuenca, que designó una cantidad determinada por razon de dote, dejándolo otros Fueros á la voluntad del esposo.

Ni en la legislacion de las Partidas, ni en los tiempos que mediaron hasta los reinados de Doña Juana y D. Carlos I, encontramos disposicion alguna que impusiera tasa á las dotes; pero los desórdenes y daños que se causaban con motivo de los excesos que cometian los padres, señalando por este título cantidades mayores que las que correspondian á su patrimonio,

(1) Arts. 1271 y 1330.

(2) Art. 1269.

obligaron á estos Reyes á poner en ello remedio, mandando que en lo sucesivo no pudieran los padres dar en dote á las hijas mayor cantidad que la que señalara la ley atendida la riqueza de cada uno (1), ni que pudieran dar ó prometer á estas por razon de dote ó casamiento el tercio ó quinto de sus bienes, prohibiendo además que pudieran ser mejoradas tácita ni expresamente por ningun contrato, bajo pena de nulidad. Ley 6.^a, tít. III, lib. x, Novis. Recop.

Confirmaron esta disposicion los Reyes D. Felipe IV y V, como es de ver por las leyes 7.^a y 8.^a del mismo título y libro, y en su vista queda determinada desde entonces la jurisprudencia que hubiera de regir, la cual no es otra, segun el contesto de dichas leyes, sino la de haber de dar los padres en dote la porcion de bienes que estimen prudencialmente, habida consideracion á su patrimonio y al número de hijos que tuvieran ó calculen poder tener, sin permitirse el que pueda imputarse á las hijas en mas de la legitima la cantidad ó capital que por este concepto hubieren recibido.

Como este capital no es necesario que consista en dinero efectivo, el orden pide que veamos de qué cosas mas puede formarse ó componerse, que será la materia del párrafo siguiente.

§. VII.

En qué cosas puede constituirse la dote.

Las cosas en que puede constituirse la dote son todas aquellas que siendo útiles en sí se hallan en el comercio de los hombres, ora sean muebles, fungibles ó raices, ora presentes ó futuras, ora créditos, derechos ó acciones. Leyes 14, 15, 21, 27 y 28, tít. XI, Part. 4.^a, cuya doctrina establece tambien el nuevo Código (2).

Mas como la cualidad de las cosas dadas en dote pudiera dar lugar á algunas cuestiones que acaso se promovieran al tiempo de su restitution, para resolverlas deberán tenerse presentes las observaciones siguientes:

(1) Art. 1269.

(2) Artículos 1272, 1273 y 1274.

1.^a Si la dote consistiere en créditos ó deudas á favor de la muger, y el deudor fuera padre, abuelo ó bisabuelo, aunque el marido fuese negligente en cobrarlas y vinieran los deudores á pobreza, no corre por cuenta de este el riesgo de la cobranza, sino que será este de la muger, por no deber apremiar los yernos en juicio á sus padres ó suegros, en atencion al respeto que á ellos les deben. Pero si fueren estraños los deudores, y la deuda procediera de título oneroso, se le imputará al marido dicho riesgo, como igualmente si procediera de título lucrativo sobre cosa cierta y determinada: mas no si fuere de cosa indeterminada. Ley 15, tit. xi, Part. 4.^a

2.^a Si la dote consistió en ganados, siendo *inestimada*, el peligro será de la muger si se perdieron sin culpa del marido; pero al mismo tiempo tendrá esta obligacion de ir reponiendo las reses muertas con las que nacieren.

3.^a Si la dote fué en cosas que se entregaron por peso, número ó medida, el daño ó provecho será del marido. Ley 21, tit. xi, Part. 4.^a

4.^a Finalmente, si la dote se constituyera en pensiones ó rentas impuestas en fondo vitalicio, deberá capitalizarse su producto por los años en que se conviniéren marido y muger, y este total será entonces la dote sobre el cual recaerá la responsabilidad del marido; no pudiéndose admitir la opinion que algunos autores siguen así en este caso como en el que consistiera ella en el derecho de usufructo, de haber de considerarse como dote la renta ó el producto de los diez años primeros desde la celebracion del matrimonio, y como frutos de la dote los rendimientos de los años ulteriores.

Mas como no basta que las cosas en que consista la dote sean en sí útiles, sino que además deben darse en tiempo en que puedan aprovechar para el objeto por que se asignan, será necesario espresar el tiempo en que puede hacerse el señalamiento de la dote, y modo cómo puede constituirse.

§. VIII.

Tiempo y modo cómo puede constituirse la dote.

La dote puede constituirse y aumentarse antes y despues del matrimonio, con tal que no se difiera su entrega al tiempo

de la muerte de la muger. Leyes 1.^a y 12, tit. xi, Part. 4.^a Pero como si se constituyera despues del matrimonio, particularmente si hubiere trascurrido mucho tiempo desde su celebracion, pudiera haber sospecha de fraude en el otorgamiento de la carta dotal, para evitarlo convendria que se obtuviera antes una autorizacion judicial, con prévia citacion de los acreedores del marido, justificando los motivos que impidieron dicho otorgamiento antes del matrimonio, y además la existencia de los bienes aportados.

Tambien, segun el proyecto de Código civil, puede por regla general constituirse la dote antes y despues del matrimonio; pero se añade en él que la constituida antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio se haya de gobernar por las reglas de las donaciones matrimoniales, y la duda despues por las donaciones comunes (1).

Bien se constituya la dote antes, ó bien despues del matrimonio, el modo de constituirse no siempre es el mismo, y para poderlo determinar fácilmente deberá atenderse: 1.^o, á las circunstancias de las personas que ofrecieren la dote: 2.^o, á la intencion en estas de entregar las mismas cosas, ó solo el valor que ellas representen: 3.^o, al acto material de transmitirse.

Con respecto á las personas que ofrecen la dote, hay que distinguir entre los que tienen ó no obligacion de dotar: los primeros, como por ejemplo el *padre*, la han de constituir siempre puramente y sin limitacion de tiempo: los segundos del modo que crean conveniente, mientras no sea contrario á las leyes.

Así que, podrán estos últimos ofrecer la dote, ó puramente ó con la condicion de si tiene lugar el matrimonio, ó con las demás condiciones que quisieren, siendo licitas. Ley 11, tit. xi, Part. 4.^a Tambien podrán constituirla por tiempo determinado, ó desde tal tiempo, con tal que no sea el de la muerte de la muger, como dice la misma ley. Ultimamente, pueden mandar que llegado el día que se designare, ó muriendo la muger, vuelvan los bienes al que los dió ó á la persona que se señale.

Con respecto á la intencion de entregar las cosas ó solo el

(1) Artículos 1265, 1266 y 1297.

valor que ellas representen, puede constituirse la dote, ó con señalamiento del precio de los bienes en que consista, de modo que solo esté obligado el marido á restituir su valor; ó sin hacer ningun señalamiento; ó haciéndolo únicamente para saber en caso de pérdida por culpa del marido qué es lo que debe este restituir; ó para establecer una obligacion alternativa de devolver los bienes ó su valor, á eleccion del consorte que se designe. Leyes 18 y 19, tít. xi, Part. 4.^a

Finalmente, con respecto al acto material de trasmitirse la dote, puede esta constituirse, ó por medio de *promesas*; ó *entregando desde luego la muger ú otro por ella los bienes*; ó *por liberacion*, esto es, señalando por dote lo que el marido debe á la muger; ó, en fin, *por delegacion*, que consiste en mandar la muger al deudor que dé á su marido para dote la cantidad que le adeuda. Leyes 10, 13 y 15, tít. xi, Part. 4.^a

Segun sea el modo cómo se haya constituido la dote, así serán los efectos que produce, tanto en cuanto á su administracion como en cuanto á su *restitucion*. De cada uno de estos efectos hablaremos en los párrafos siguientes, empezando en el inmediato por los que se refieren á la *administracion* de la dote.

§. IX.

Efectos de la dote en cuanto á su administracion y aprovechamiento.

Los efectos de las dotes relativamente á su administracion y aprovechamiento, producen, tanto en el marido como en la muger, varios derechos y obligaciones, que espresaremos con separacion.

Derechos del marido sobre la dote.

Estos son los siguientes:

1.º Tener durante el matrimonio la administracion de la dote, ora sea *estimada*, ora *inestimada*; y percibir sus frutos, tanto *naturales* como *industriales* y *civiles*, para el sostenimiento de las cargas matrimoniales. Leyes 7.^a y 25, tít. xi, Part. 4.^a

2.º Adquirir el dominio de las cosas dotales, si la dote fue *estimada* en el sentido en que la definimos en el párrafo III, haciendo suyo por lo mismo el aumento, pérdida ó deterioro que

tuvieren, y disponiendo de ellas á su arbitrio, sin mas obligacion que la de restituir el precio en que fueron tasados. Leyes 7.^a, 18 y 19, tít. xi, Part. 4.^a Mas si los bienes en que dicha dote consistiere, fueren raices, y se hallasen hipotecados á su restitution con arreglo á lo prevenido en la Ley hipotecaria, en tal caso para su enagenacion ó gravámen, tendrá que ajustarse á las reglas de que haremos mérito al ocuparnos de los dotes inestimados.

3.^o Hacerse dueño en los mismos términos de las cosas fungibles dadas en dote, aun quando se hubieran entregado *sin estimacion*, si bien tendrá obligacion de restituir otro tanto de la misma especie, ó el valor que tuvieran al disolverse el matrimonio; á diferencia de cuando se hubieran entregado *estimadas*, que entonces deberá á su tiempo restituir el precio en que se avaluaron. Ley 21 del mismo título.

4.^o Haber de ser indemnizado por los gastos *necesarios* hechos en la dote *inestimada*, y aun por los *útiles* que sean productivos de mayor renta; pero no por los *voluntarios*, como espresa igualmente el nuevo Código (1). Ley 32, tít. id.

5.^a Pedir en cualquier tiempo que se reforme el precio señalado á los bienes dotes, si fuere mayor que el que en si tenga, aunque el perjuicio sea de poca entidad, no obstante que en los demás contratos solo hay lugar á que se deshaga el engaño quando la lesion fuere en mas de la mitad del justo precio, y se intentara la accion competente dentro del plazo de cuatro años. Leyes 16, tít. xi, Part. 4.^a y 2.^a, tít. i, lib. x, Novís. Recop.

Obligaciones del marido respecto de la dote.

Estas son las siguientes:

1.^a Haber de cuidar de las cosas dotes del mismo modo que de las suyas propias; siendo responsable de los daños que recibieran estas por su negligencia ó mala administracion, además de podersele privar de este derecho. Leyes 7.^a y 28, título ii, Part. 4.^a

2.^a Hipotecar á su restitution los bienes inmuebles que re-

(1) Art. 1297.

ciba como dote estimada, si esta le hubiera sido entregada solemnemente bajo fe de escribano; y garantir asimismo la restitucion de los muebles, por medio de hipoteca especial constituida sobre las raices de su propiedad (Art. 169 de la Ley hipotecaria).

3.^a Inscribir en el registro, á nombre de la muger, si ya no lo estuvieren en calidad de dotales ó parafernales, ó por el concepto legal que tuvieran, todos los demás bienes inmuebles y derechos Reales que reciba como inestimados y deba devolver en su caso (Art. 169 de dicha ley).

4.^a Haber de restituir los bienes dotales en los términos que luego manifestaremos.

Vistos los derechos y obligaciones del marido sobre la dote, pasaremos á determinar bajo el mismo orden los derechos y obligaciones que sobre ella tiene la muger.

Derechos de la muger sobre la dote.

Estos son los siguientes:

1.^o Conservar el dominio natural de la dote *inestimada*; pues aun cuando la ley 7.^a, tít. xi. Part. 4.^a, concede al marido el *señorío* de la misma, esta cualidad debe entenderse solamente en cuanto al derecho para administrar los bienes dotales y percibir los frutos que estos produzcan, como interpretó Gregorio Lopez en su glosa; pero no en cuanto á egercer otros actos de dominio, como el de poderlos enagenar, por estarle prohibido por la ley citada.

2.^o Hacer suyos los aumentos y ser de su cuenta las pérdidas que tuviere esta clase de dote, á no ser que el daño proviniera de culpa del marido. Ley 18, tít. vi, Part. 4.^a

3.^o Exigir que se inscriban en el Registro, á su nombre, los bienes en que ella consista, é impedir que su marido los enagene, hipoteque ni grave, lo cual solo podrá hacerse con espreso consentimiento de ambos; quedándole á salvo á la muger el derecho de que su marido le hipoteque otros bienes si los tuviere, en sustitucion de los enagenados; ó los primeros que adquiriera, si careciere de ellos al tiempo de la enagenacion (Art. 188 de la Ley hipotecaria).

Como quiera que sea hay que advertir, que si cualquiera

de los dos cónyuges fuese menor de edad, deberán observarse en la enagenacion de los inmuebles, las reglas al efecto establecidas en las artículos 1401 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil; y si solo lo fuese la muger, el juez que autorice la venta deberá cuidar de que se constituya la hipoteca (Art. 188 de la Ley hipotecaria).

4.º Pedir la subrogacion de su hipoteca en otros bienes del marido, en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enagenacion ó gravámen de los inmuebles afecto á su dote, ó como condicion prévia para prestar dicho consentimiento (Art. 190 de dicha ley).

5.º Adquirir la dote disuelto el matrimonio, y juntamente con ella los demás bienes que el marido está obligado á restituirle. Leyes 7.ª y 23, tit. xi, Part. 4.ª

6.º Poder reclamar las cosas dotales en la misma especie que entregó, si la dote fue *inestimada*, segun consta de las leyes 21 y 26 del mismo título y Partida; y aun tambien en el caso de ser *estimada*, si fuera insolvente el marido, y existieran los mismos bienes en su poder, como resuelve Antonio Gomez en su Comentario á la ley 50 de Toro.

7.º Exigir alimentos de la masa comun de bienes, hasta encautarse de la dote, como enseña Gregorio Lopez en su glosa á la ley 31, tit. xi, Part. 4.ª

8.º Obligar al marido á que le constituya por los bienes dotales que le hubiesen sido entregados solemnemente bajo de escribano, la hipoteca de que hemos hecho mencion al ocuparnos de las obligaciones de aquel con respecto á la dote.

9.º Finalmente, pedir que se le resarza el daño por el engaño que padeció al hacerse el justiprecio de los bienes dotales, en los mismos términos que los manifestados al tratar de los derechos del marido. Leyes 15, tit. xi, Part. 4.ª, y 2.ª, tit. i, lib. x, Novís. Recop.

Obligaciones de la muger sobre la dote.

Estas son las siguientes:

1.ª Estar tenuta á la eviccion y saneamiento de las cosas en que consista la dote, siendo *estimada*; y en la *inestimada* en el caso de haberlo prometido, ó haber procedido de mala fe, en-

tregando como suyo lo que pertenecía á otro, según consta de la ley 22, tit. xi, Part. 4.^a Esto mismo se entenderá también con los que dieren la dote en nombre de la mujer, como dispone la misma ley, y confirma en cierto modo el nuevo Código (1).

2.^a Llevar á colación la dote dada por el padre ó la madre en las herencias respectivas; y si se constituyó de bienes gananciales, acollarla por mitad en la partición de la de cada uno de ellos, á no ser que renunciara la herencia, que entonces solo tendrá obligación de restituir el exceso, siendo inoficiosa. Ley 5.^a, tit. iii, lib. x, Novis. Recop.

3.^a Abonar al marido los gastos *necesarios* hechos en los bienes dotedales, así como también los *útiles* que les hicieron producir mayor renta. Ley 32, tit. xi, Part. 4.^a

Tales son, en general, los efectos de la dote relativamente á su administración y aprovechamiento. En cuanto á su fondo se halla conforme el nuevo Código (2), del mismo modo que en cuanto á los efectos de la restitución, de los cuales trataremos en el párrafo siguiente.

§. X.

Efectos de la dote en cuanto á su restitución.

Para saber con claridad cuáles son los efectos de la dote relativamente á su restitución, dividiremos en tres partes esta materia, presentando: 1.^o, los casos en que tiene lugar la restitución de la dote; 2.^o, el tiempo en que ha de restituirse; 3.^o, el modo cómo ha de verificarse.

Casos en que ha de restituirse la dote.

Estos son los siguientes:

- 1.^o Por la muerte de uno de los dos consortes. Ley 30, tit. xi, Part. 4.^a
- 2.^o Por divorcio, siendo perpétuo. Ley 31, id.

(1) Art. 1270.

(2) Artículos desde el 1276 al 1294.

3.º Por declararse nulo el matrimonio contraído de buena fe con algun impedimento dirimente. Ley 26, id.

4.º Por haber llegado el plazo señalado por el que prometió la dote, ó no haberse cumplido la condicion impuesta, si se constituyó por persona que no tenia obligacion de dotar. Leyes 11 y 30, id.

5.º Por venir á pobreza el marido por su culpa, ó por malgastar la dote, si es que la muger, á cuya instancia ha de pedirse en juicio su restitution, no eligiere otro medio para asegurarla, como, por ejemplo, el que el marido dé fiador de los bienes dotales, ó el de que los deposite en persona abonada. Ley 29, id. (1).

En todos estos casos ha de devolverse la dote, á no ser que concurrieran ciertas circunstancias en virtud de las cuales quedan el marido ó sus herederos libres de esta obligacion, como sucede en los casos siguientes:

1.º Si la muger cometió adulterio y el marido no la hubiese perdonado, como espresa la ley 15, tit. xvii, Part. 7.^a

2.º Cuando hubiesen pactado los consortes que falleciendo sin hijos quedase el marido con la dote, y la muger con la donacion *propternuptias*. Ley 23, tit. xi, Part. 4.^a

3.º Cuando hubiere costumbre en el pueblo de que el marido gane la dote, si se probare ella en debida forma. Ley id.

4.º Si la muger hubiere dado causa al divorcio por razon de adulterio. La misma ley.

5.º Cuando se declaró nulo el matrimonio por haberse contraído con impedimento dirimente que la muger ocultó con malicia, si al mismo tiempo lo ignoraba el marido. Ley 50, título xiv, Part. 5.^a

6.º Si el marido es heredero por testamento ó *ab intestato* de la muger en el caso espresado en la ley de 16 de Mayo de 1835.

7.º Si muere la muger dejando hijos en poder del padre, por ser este el administrador y usufructuario de esta clase de bienes. Leyes 23 y 31, tit. xi, Part. 4.^a

(1) Art. 1295.

Tiempo en que ha de restituirse la dote.

Llegados los casos en que ha devolverse la dote, se verificará su restitucion desde luego si consistiere en bienes raices, y dentro del término de un año si lo fuere en bienes muebles. Ley 31 citada (1). Mas si el marido no la pudiera entregar toda en los plazos designados, y se acudiere al juez con este motivo, hará este que pague lo que pueda, de modo que le quede alguna cosa para vivir, tomándole caucion de que la satisfará cuanto antes pudiere. Ley 32, tit. xi, Part. 4.^a

Juntamente con la dote, si fuere esta *inestimada*, deberán restituirse los frutos que haya producido desde el día de la disolucion del matrimonio, salvo si hubieren quedado hijos en la potestad del padre, que, entonces los percibirá este en virtud del derecho que la ley le concede. Ley 23, id.

Además, deben restituirse los frutos que hubieren producido los bienes dotales si se entregaron antes de la celebracion del matrimonio, por considerarse aquellos como aumento de la dote. Ley 28, id.

Finalmente, con respecto á los frutos que se hallaren pendientes á la disolucion del matrimonio, ó aun á los que se hubieren recogido no habiéndose consumido, se dividirán entre el marido y los herederos de la muger, ó entre esta y los del marido, á prorata del tiempo en que hubiere durado el matrimonio aquel año, el cual si fuere el mismo en que se contrajo, entonces se contará para el prorateo desde el día de su celebracion, ó desde la entrega de la dote. Ley 26, id. Si no estuvieren manifiestos ó nacidos los frutos, abonará la muger al marido ó á los suyos los gastos del cultivo, como añade oportunamente el nuevo Código (2).

Modo cómo ha de hacerse la restitucion de la dote.

Segun sea la dote, así serán las particularidades que hayan de tenerse presentes en su restitucion, las cuales para su mas fácil conocimiento las reduciremos á las reglas siguientes:

(1) Art. 1307.

(2) Artículos 1306 y 1323.

1.^a Las dotes *profecticia* y *adventicia* han de restituirse á la muger ó á sus herederos, á no ser que hubiera habido pacto de reversion al que la dió, que entonces deberá cumplirse lo pactado. El que haya de volver al padre la dote *profecticia*, muerta la muger sin hijos, ó al padre y á la hija en caso de divorcio, con otros pormenores que establece la ley 30, tit. xi, Part. 4.^a, no puede tener aplicacion en el dia despues de la ley 47 de Toro, en virtud de la cual solo ha de entregarse al padre en concepto de heredero de la hija que murió sin sucesion.

2.^a Si la dote fuere *estimada*, deberá restituirse el precio en que fueron tasados los bienes dotales, á no ser que no existiera dinero en que hacerse el pago, en cuyo caso, si existen los mismos bienes en poder del marido, se hará la entrega de ellos, y cuando no, se hará pago con otros, prévia tasacion. Ley 26, tit. xi, Partida 4.^a, y Gomez en la ley 53 de Toro.

3.^a En la *inestimada* deberán entregarse los mismos bienes; y si al tiempo de constituirse se dió al marido ó á la muger la eleccion para entregar las mismas cosas ó su importe, se hará la restitucion de lo uno ó de lo otro á voluntad del que tuviere este derecho. Leyes 18, 19 y 26, tit. xi, Partida 4.^a

4.^a Si la dote consistió en bienes fungibles estimados se restituirá su valor, y no habiéndose apreciado, su equivalente en la misma especie, ó el valor que tuvieran á la disolucion del matrimonio. Ley 21, id.

5.^a Cuando se permutara una finca dotal *inestimada*, ó se vendiere, y con su precio se comprara otra, la sustituida ó nuevamente comprada será la que deba restituirse, segun la ley xi, tit. iv, lib. iii, Fuero Real; y si con el dinero de la dote se compró alguna finca, aunque esta sea de la muger, quedará al arbitrio de ella elegir el que se le devuelva el dinero ó la dicha finca. Ley 49, tit. v, Part. 5.^a

6.^a Si la dote consistiera en ganados, y fuere *inestimada*, deberá restituirse igual número de cabezas al que se recibieron, debiéndose reponer las reses muertas con las que hubieren nacido, segun dispone la ley 21, tit. xi, Part. 4.^a

7.^a Si consistiera en créditos á favor de la muger, y no hubiesen podido hacerse efectivos, no obstante las diligencias practicadas por el marido, deberá este ó sus herederos devol-

ver los títulos ó documentos en que se hacen constar; pero si por su negligencia se hicieron incobrables deberá entregar de sus bienes lo que importaren, á no ser que los deudores fueren el padre ú otro ascendiente de la muger, ó que la deuda procediera de una persona que voluntariamente se obligó á constituir la dote, sin espresar el tanto que devolveria cuando se le reclamó, que entonces solo deberá entregarse lo que se hubiere cobrado. Ley 15 del mismo título.

8.^a Si la dote consistiera en pensiones, rentas vitalicias ó en cierto usufructo, deberá restituirse lo que se determinó para estos casos al tiempo de la constitucion dotal; y si nada se hubiera pactado sobre ello, á nosotros nos parece que si la dote consistió en pensiones ó rentas vitalicias, se ha de restituir lo que anualmente hubieran importado, rebajados en cada año los gastos de cobranza y el rédito legal de 6 por 100 que corresponda al capital de la pension, cuyo importe se lo reservará el marido como frutos del matrimonio.

Esto mismo creemos que debe observarse cuando consistiendo la dote en un usufructo, nada se hubiera pactado acerca de la parte que hubiera de considerarse como capital y como frutos; fundándonos para ello en la ley 4.^a, tit. iv, lib. xxiii del Digesto; y además en los perjuicios que sentirian la muger ó sus herederos, los cuales nada percibirian, especialmente estos de la dote de su habiente causa, puesto que por la muerte de la usufructuaria se consolidaria el usufructo con la propiedad, y pasaria al dueño el derecho de percibir los frutos.

9.^a En concurrencia de dos ó mas dotes, por haber sido casado varias veces el marido, será preferida en el pago la primera en orden, á no ser que entre los bienes de este se encontrare alguna cosa dotal de la segunda ó tercera muger, que entonces deberá restituirse á aquella á quien perteneciere. Ley 33, tit. xiii, Part. 5.^a

10.^a Ultimamente, nos falta advertir que si la dote fuere *inestimada*, aunque solo queda obligado el marido á entregar los bienes en el estado que tengan, por ser de la muger los aumentos ó pérdidas, sin embargo, deberá abonar de sus propios bienes en caso de no haber gananciales las pérdidas que, ó acaecieron por su culpa, como dice la ley 18, tit. xi, Partida 4.^a, ó que tomó á su cargo, segun espresa la ley 1.^a, tit. i,

lib. x, Novis. Recop., que sucedieron estando aprovechándose de las cosas en utilidad del matrimonio, como añade Gomez en la ley 53 de Toro; así como en caso de aumento tendrá derecho á deducir el importe de las cantidades invertidas en mejoras *necesarias ó útiles*, segun arriba hemos manifestado. Ley 32, tit. xi, Part. 4.^a

Estas mismas advertencias que se han hecho para saber cómo ha de verificarse la restitucion de la dote, las encontramos igualmente fundadas en el nuevo Código, en términos que podremos consultar sus artículos para su aplicacion en los casos en que no apareciera claramente decidido el punto en nuestra legislacion (1).

La doctrina que acabamos de emitir solo tiene lugar en la dote *entregada*, pues si fuere *confesada* deberán entonces tenerse presente estas otras reglas:

1.^a Si la confesion de dote fué hecha por el marido en su última voluntad, tal confesion como esta se considerará únicamente como un legado hecho á la muger, y por lo mismo, á imitacion de los legados, no puede perjudicar á los herederos forzosos ni á los acreedores, si los hubiere, á no ser que la muger probase por otros medios que habia aportado dicha dote. Ley 19, tit. ix, Part. 6.^a

2.^a No habiendo acreedores, ni siendo forzosos los herederos, valdrá esta confesion aunque la muger nada probare, y habrá de hacerse la restitucion en los términos que se deduzca de la manifestacion del marido.

Hasta la publicacion de la ley Hipotecaria, cuando la confesion se hacia por contrato entre vivos, y no constaba su entrega, no quedaba el marido obligado por ella sino en alguno de los casos siguientes: 1.º, el de haber renunciado la excepcion *non numeratæ dotis*, admitida en el foro á semejanza de la *non numeratæ pecuniæ*; 2.º, el de haber pasado los plazos señalados para oponerla; 3.º, el de haber precedido promesa de dote; 4.º, el de haber hecho la confesion despues de disuelto el matrimonio. Aun supuestos estos casos, no perjudicaba dicha confesion, ni á los herederos forzosos ni á los acreedores, á no ser que se probara por la muger ó sus herederos la entre-

(1) Artículos desde el 1296 al 1306.

ga real y efectiva de los bienes, como espresa Gomez en la ley 53 de Toro (1).

Mas publicada dicha ley, la dote confesada por el marido, cuya entrega no constare, ó constare solo por documento privado, no surtirá mas efecto que el de las obligaciones personales (art. 170 de la misma).

Sin embargo, con el objeto de que no quede perjudicada la muger, que realmente hubiere aportado dote al matrimonio, establece aquella, que la que tuviere á su favor dote confesada por el marido antes de la celebracion del matrimonio, ó dentro del primer año de él, podrá exigir en cualquier tiempo, que el mismo marido se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales, ó la de otros semejantes ó equivalentes en el momento de deducir su reclamacion. (art. 171.)

Con lo dicho hasta aquí podremos comprender lo mas esencial de nuestra legislacion acerca de la dote; mas como no son solo los bienes dotales, segun se dijo en el párrafo 1, los que forman el capital de la muger, sino que además se compone este tambien de los bienes llamados *parafernales*, será preciso que veamos qué es lo que dispone el derecho acerca de esta otra clase de bienes.

§. XI.

Que son bienes parafernales, y doctrina del derecho acerca de ellos.

Se llaman bienes *parafernales* ó *estradosotales*, como esplica la ley 17, tít. xi, Part. 4.^a, *los que además de la dote lleva la muger al matrimonio, ó adquiere durante él por título lucrativo, como el de HERENCIA DONACION ó LEGADO.*

Aunque entre estos y la dote existe mucha semejanza, hasta tenerse á las veces como parte de esta, segun los considera siempre el nuevo Código (2), sin embargo, existen entre ellos y la dote algunas diferencias.

En efecto, en esta pasa absolutamente el dominio al marido si fuere *estimada*, y aun siendo *inestimada* le dá el carácter de

(1) Art. 4272.

(2) Art. 1272.

señor la ley 7.^a, tit. xi, Part. 4.^a, cuya espresion quedó arriba esplicada. Mas en los bienes *parafernales* no pasa el dominio al marido sino cuando la muger se los entrega con esta intencion. Ley 17 id.

Si tambien pasa al marido la administracion, es un punto que no han presentado con claridad los autores que han escrito despues de publicada la Novísima Recopilacion; queriendo unos que la muger puede reservarse el derecho de administrarlos (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1858), cuando otros sostienen que esta facultad pertenece siempre al marido, ya por ser él el jefe de la familia, ya porque la ley 7.^a, tit. ii. lib. x, Novís. Recop., le dá el derecho á este, en entrando en los diez y ocho años, para que *pueda* administrar los bienes suyos y los de su muger.

Prescindiendo de esta cuestion, lo que ciertamente nos consta es que la muger no puede celebrar sobre ellos contratos ni cuasi contratos sin licencia del marido, ni tampoco presentarse en juicio por razon de los mismos. Ley 11, tit. i lib. x, Novís. Recop., y sentencia de dicho Tribunal de 26 de Octubre de 1863.

Se diferenciaban tambien de la dote los bienes *parafernales* en que en aquella tenia la muger para su seguridad hipoteca tácita en los bienes del marido, y además el privilegio de prelacion entre los acreedores, segun consta de las leyes 23 y 33, tit. xiii, Part. 5.^a; pero en los bienes *parafernales* solo tenia hipoteca, mas no el derecho de prelacion, á no ser que se entregaran al marido como aumento de dote, ó se le diera el dominio sobre ellos, como espresa la ley 17, tit. xi, Partida 4.^a Mas despues de la publicacion de la Ley hipotecaria, no existe ya dicha diferencia; pues suprimidas por la misma todas las hipotecas generales y tácitas, es indispensable para que la legal quede constituida, ya se trate de dotes ó ya de bienes *parafernales*, que aquellas y estos se hayan entregado solemnemente al marido, bajo fe de escribano, y que el titulo haya sido inscrito en el Registro. (Arts. 159 y 168 de la misma.)

De lo dicho podemos venir en conocimiento de los derechos que competen al marido ó á la muger sobre los bienes *parafernales*, con solo atender á si se entregaron al marido como aumento de dote, ó se reservó la muger su dominio. En el pri-

mer caso, siguen la naturaleza de la dote, y le competen al marido los mismos derechos y obligaciones que sobre los bienes dotales hemos manifestado. Mas si no se le hubieren entregado como aumento de dote, ó aun cuando habiéndose dado en este concepto, no se hubieren estimado, se observará entonces todo lo que se ha dicho acerca de la dote *inestimada*.

De cualquier modo que se consideren, sus frutos ó rentas se tendrán como gananciales; y lo mismo lo serán los que produzcan los otros bienes que formaren el capital de la muger, como son las *arras entregadas*, ó las *donaciones esponsalicias*, de las cuales, segun el orden propuesto trataremos en la siguiente seccion; pasando ahora á considerar los bienes que el marido por su parte aportare al matrimonio, ó los que forman su capital, á cuya clase pertenecen las donaciones *propter nuptias*, y los otros bienes que durante la sociedad conyugal adquiriera por título lucrativo.

§. XII.

Naturaleza de la donacion PROPTER NUPTIAS, segun la actual legislacion, y sus efectos.

No es uno mismo el modo cómo se ha considerado siempre la donacion *propter nuptias*.

Segun las leyes de Partidas, se entendia por donacion PROPTER NUPTIAS *lo que el marido daba á la muger por razon de la dote que recibia de ella*, segun espresó la ley 2.^a, tít. xi, Part. 4.^a; de modo que segun esta definicion, dicha donacion no era sino una seguridad que se daba de la dote, que de aquí viene el darle la ley 1.^a, idem, el nombre tambien de *arras*, por suponerse que con los bienes que la constituian quedaba asegurada la dote para su restitution, como observó Gomez en la ley 50 de Toro.

Mas en la actualidad, ni entendemos por *arras* lo que las Partidas comprendieron, segun consta de las leyes 1.^a y 2.^a, tít. iii, lib. x, Novis. Recop., ni se dá el mismo significado con que en tiempo del Rey D. Alonso el Sábio se conocia la donacion *propter nuptias*, como aparece de la ley 5.^a del título y libro citados de la Recopilacion; pudiéndola definir por lo mismo diciendo que es *la que hacen los padres á sus hijos por*

razon de casamiento, para que puedan sostener con mas decoro sus cargas.

Aunque se constituye tambien con el mismo objeto que la dote, hay entre esta y la donacion *propter nuptias* dos notables diferencias, á saber:

1.^a Que la dote es necesaria de parte del padre, y la donacion *propter nuptias* es voluntaria; consistiendo esta diferencia en que, con respecto á los hijos, el padre emplea ya un capital en enseñarles un oficio ó en darles una carrera, y no seria justo que además se le obligara á darle otro capital con motivo del matrimonio, cuando con respecto á las hijas no conviene sino lo necesario para su educacion y alimentos.

2.^a Que las dotes son inoficiosas cuando esceden de la legitima, por estar prohibido que puedan ser mejoradas las hijas tácita ó espresamente por via de dote, ni casamiento, ni por ningun género de contrato entre vivos, segun dispone la ley 6.^a, tit. III, lib. x, Novís. Recop.; mas las donaciones *propter nuptias* solo son inoficiosas en el caso de esceder de la legitima, tercio y quinto, por considerar la ley el sobrante de lo que corresponde por legitima como una mejora, hasta donde alcance el tercio y quinto de los bienes del que hizo la donacion. Leyes 5.^a, tit. III, y 10, tit. VI, lib. x, Novísima Recopilacion.

Esta ha de sacarse de los bienes gananciales del mismo modo que la dote, bien la prometan ó la hagan los dos consortes juntamente, ó bien sea solo el padre, debiendo en caso de no existir bienes de esta clase pagarse de los propios de cada uno por mitad si ambos la prometieron, ó solo de los del padre si únicamente él la hubiere hecho ó prometido. Ley 4.^a, título III, lib. x, Novís. Recop. (1).

Sin embargo, hay que notar que si el padre ó madre prometieron hacer esta donacion al hijo, y tuviera este bienes en poder de los mismos, deberá pagarse de los del hijo, por no estar obligados ninguno de los dos á hacerla; si bien conveniria que se espresara en el acto de su otorgamiento de qué bienes se constituia para evitar ulteriores cuestiones.

Cualesquiera que sean los bienes de donde procedan estas

(1) Art. 1330.

donaciones, formarán parte del capital del marido, al cual deberá asimismo agregarse lo que este tuviera propio en el acto del matrimonio, como igualmente lo que adquirió durante él por título lucrativo. Mas para que en todo tiempo pueda hacerse constar este capital, lo mismo que el que pertenece á la muger, y no se dé lugar á que hayan de considerarse como gananciales los bienes que lo componen, por falta de pruebas que acrediten lo que es *apartadamente de cada uno*, como dice la ley 4.^a, tit. iv, lib. x, Novís. Recop., será conveniente el otorgamiento de las escrituras correspondientes, como son: las de *capitulaciones matrimoniales*, las de *reconocimiento del capital del marido*; las de *dote entregada y confesada*, y las de *aumento de dote*, de las cuales daremos alguna idea en el párrafo siguiente.

§. XIII.

Idea de las escrituras que se otorgan con motivo del matrimonio.

La primera que suele otorgarse es la de *capitulaciones matrimoniales*, la cual no es mas sino *la escritura por la que se autorizan los conciertos que se hacen entre los esposos y sus padres para ajustar el matrimonio*.

Tanto en esta escritura como en las demás que se han mencionado, debe advertirse que si los que van á casarse son mayores de edad y no están bajo la patria potestad, concurrirán ellos solo á su otorgamiento; pero si fueren menores ó hijos de familia, han de concurrir tambien sus padres ó curadores (1).

Así es que tratándose de las capitulaciones matrimoniales y siendo hijos de familia los esposos, concurrirán con ellos sus padres, espresando en ellas los extremos siguientes:

1.^o Su consentimiento en el matrimonio, y el de los mismos esposos.

2.^o Los bienes que á título de donaciones señalen al esposo sus padres, y los que á título de dote designen á la esposa los suyos.

3.^o Las arras que promete el esposo á la esposa.

4.^o La obligación por parte del esposo y sus padres de

(1) Art. 1241.

otorgar carta de pago ó recibo de dote, y de los demás bienes que la esposa aportare, así como también por parte de la esposa y sus padres de otorgar la escritura de reconocimiento del capital que lleve el esposo, y de los demás bienes que heredare después.

5.º Las condiciones que tengan á bien los padres poner, como de mejorar ó no mejorar á los hijos.

6.º Finalmente, la constitucion de la hipoteca en la forma prevenida por la ley.

La segunda escritura que sigue en orden entre las mencionadas, es la de *reconocimiento del capital que el marido lleva al matrimonio*, que no es mas que *aquella en que la esposa confiesa haber aportado su marido al matrimonio tales y tales bienes en valor de tanta cantidad, prometiendo tenerlos por caudal propio del mismo*.

Puede otorgarse antes y después de celebrado el matrimonio; advirtiéndose que si fuere después y no se espresó en la escritura de capitulaciones matrimoniales la obligacion de su otorgamiento, deberá jurar la muger que no ha sido seducida ni conminada por su marido para hacerla.

Prescindiendo de esta circunstancia, en esta escritura deben espresarse los extremos siguientes:

1.º La causa de su otorgamiento, como la de haberlo así pactado en las capitulaciones matrimoniales, ó antes de celebrar el matrimonio.

2.º La designacion de los bienes que aportare el marido espresándolos por clases, precios y partidas.

3.º La manifestacion de reconocerlos por capital del marido, juntamente con los demás que adquiriese por algun título lucrativo, durante el matrimonio.

La otra escritura es la carta de dote, la cual no es mas que el *instrumento público en que se anotan las alhajas y el caudal que lleva la muger en dote al matrimonio*. Puede otorgarse habiendo precedido capitulaciones matrimoniales, ó sin este requisito, ó en virtud de apremio judicial.

En el primer caso se hace mérito de la escritura de capitulaciones, y unida á esta se espresará que estando prontos los padres de la esposa á cumplir la promesa de dote, recibe el esposo de mano de los mismos por este concepto los bienes que

se designan, y de cuya entrega dará fé el escribano. A continuacion renueva por su parte el esposo la promesa de arras, y declara que otorga á favor de la esposa y sus padres este resguardo para su seguridad, teniendo por cancelada la escritura de capitulaciones.

En el segundo caso solo se hace mérito del matrimonio que ha de contraerse, y de la dote que aporta la esposa para sostener sus cargas, teniéndola por recibida, y dando de ello el resguardo mas eficaz, juntamente con la promesa de arras en los términos que prescriben las leyes.

En el tercer caso se instruirá un expediente á instancia de la muger, y justificando que aportó en dote los bienes que designa, y la promesa del marido del otorgamiento de carta de pago ó recibo de dote, decretará el juez que se otorgue la escritura correspondiente, ó que en caso de negarse á ello el marido que se tengan por bienes dotales los que justifique la muger haber aportado; considerándose entonces para los efectos á que haya lugar como si aquella se hubiese otorgado.

En el caso en que se refiriera la escritura á la dote que ya tenia recibido el marido antes de otorgar la carta de pago, se llamará entonces este documento carta de *dote confesada*, cuyos efectos quedan manifestados.

Finalmente, si despues de otorgados los competentes resguardos, tanto á favor de la muger por su dote, como á favor del marido por su capital, quisieran estos que constase el aumento que hubiera tenido el de cada uno de ellos, podrán otorgar otras escrituras que se llamarán de *aumento de dote*, ó de *reconocimiento de capital* en las cuales despues de expresarse la suma á que ascendió el valor de los bienes que cada uno aportó al tiempo en que se verificó el casamiento, segun el contenido de las escrituras que se otorgaron, se añade en estas últimas el título por donde la muger ó el marido han adquirido los nuevos bienes que se designarán juntamente con su valor, haciendo cada cual la manifestacion que corresponda; como de parte del marido que los recibe como aumento de dote de su muger, y de parte de esta que los tiene y reconoce como capital propio de su marido.

Con el mismo objeto que el que antes hemos manifestado,

se prescribe en el nuevo Código (1) el otorgamiento de escrituras que acrediten el capital de cada uno de los cónyuges, designándolas con el nombre general de *capitulaciones matrimoniales*, y espresando los requisitos que han de contener para su validez, los cuales convienen muchos de ellos con los que hemos indicado, refiriéndonos á la práctica generalmente admitida.

Tal es la doctrina de las leyes acerca de los bienes que forman el capital de cada uno de los cónyuges. En la seccion siguiente determinaremos la que se refiere á la otra clase de bienes matrimoniales que se adquieren por efecto de las donaciones que se hacen mutuamente los esposos.

(1) Artículos desde el 1236 al 1244.

SECCION SEGUNDA.

De los bienes que se adquieren por donaciones que se hacen los esposos.

Resumen.

§. I. Qué son *donaciones esponsalicias*, y quiénes pueden hacerlas.—
 §. II. Cantidad que puede darse por este respecto.—§. III. Efectos que producen estas donaciones.—§. IV. Acepciones de la palabra *arras*, y sentido en que la tomamos en este lugar.—§. V. Personas que pueden dar ó ofrecer arras, y tiempo en que pueden verificarlo.—§. VI. Personas á las que pueden ofrecerse, y en qué cantidad.—§. VII. Bienes en que pueden constituirse.—§. VIII. Sus efectos.—§. IX. Documentos en que pueden hacerse constar tanto estas como las donaciones esponsalicias.

§. I.

Qué son **DONACIONES ESPONSALICIAS**, y quiénes pueden hacerlas.

La otra clase de bienes matrimoniales es la de aquellos que proceden de las donaciones que con motivo del matrimonio se hacen los esposos entre sí, las cuales son conocidas con los nombres de *donaciones esponsalicias* y de *arras*.

Empezando por las primeras, llamadas tambien *donadíos* y *regalos* de boda, estas pueden definirse: *los presentes ó regalos que antes de contraer matrimonio se suelen hacer recíprocamente los esposos en señal de afecto y cariño*. Ley 3.^a, tit. XI, Part. 4.^a

Pueden hacerlas tanto los esposos entre sí, como los padres y parientes del esposo á la esposa, ó los de esta al esposo, ó tambien los estraños á cualquiera de ellos; pero al mismo tiempo ha de tenerse presente que, segun sean las personas de donde procedan, y aquellas á quienes se hagan, así se reputarán ó no como *donaciones esponsalicias* para los efectos que el derecho les atribuye.

Bajo este supuesto, serán *donaciones esponsalicias* las que los esposos y sus padres respectivos hicieren á cada uno de ellos; pero las que hicieren los parientes y estraños lo serán únicamente cuando se hicieren á la esposa por consideracion al esposo, ó al contrario.

Si se hicieran sin esta consideracion, entonces serán solo de aquel en cuyo favor se hubieren constituido, así como las

hechas á entrambos en consideracion á la sociedad conyugal que ha de formarse, deberán entrar en la clase de bienes gananciales.

Sin embargo de ser esta la doctrina comun, será muy conveniente que los padres ó cualquiera de los donantes expresen terminantemente su intencion, siendo de cargo del escribano el haber de procurar explorar la voluntad del que hiciere la donacion, para que puedan resolverse con facilidad las cuestiones que se promovieran á la disolucion del matrimonio con motivo de las particiones.

En el nuevo Código quedan comprendidas estas donaciones entre las que se designan con el nombre de *donaciones matrimoniales*, pues diciéndose que los esposos pueden hacerse donaciones recíprocamente entre sí, ó el uno al otro antes de celebrarse el matrimonio, dió bastante á entender que su objeto era incluirlas entre las de esta clase, aun cuando no se expresen con el nombre con que generalmente se conocen (1).

En una y otra legislacion no son libres las personas con respecto á la cantidad que con este motivo pueda donarse, y de aquí la necesidad de que esta se espresé, como lo haremos ver en el párrafo siguiente.

§. II.

Qué cantidad puede darse por razon de DONACIONES ESPONSALICIAS.

Segun sean las personas de donde procedan estas donaciones, así serán mas ó menos libres en el señalamiento de la cantidad que por este respecto puede darse.

Así que, por parte del esposo, no podrá esceder esta donacion en mas de lo que importare la *octava parte* de lo que la muger aportó en dote al tiempo de celebrarse el matrimonio, siendo de ningun valor y efecto los contratos, pactos y promesas que se hicieren en fraude de esta disposicion, y por perdidas las cantidades, alhajas, joyas ó vestidos que dieren si escudiese su valor de dicha tasa, aplicándose por el mismo hecho al fisco, segun disponen las leyes 6.^a, 7.^a y 8.^a, tít. III, lib. X, Novis: Recop.

(1) Artículos 1245 y 1258.

El objeto de estas leyes no fue otro sino el reprimir los excesos que se notaban con motivo de las inmoderadas donaciones que hacian los esposos; pero como aun á pesar de esta medida se notaran algunos abusos, tomando prestadas los esposos las joyas ó vestidos que dentro de la cantidad señalada pudieran dar, con el fin de ocurrir á estos daños, no solo se contentó el legislador con la medida adoptada, sino que en complemento de las citadas leyes ordenó que ningun comerciante, platero ó longista pudiera pedir en juicio el valor de las mercaderías ó joyas que hubiesen vendido al fiado para bodas, como es de ver por la ley 2.^a, tit. viii, lib. x, Novísima Recopilacion.

En el caso en que la esposa no hubiera llevado dote al matrimonio, como no puede regularse la cantidad que por este respecto puede darle el esposo, nos parece que podria sostenerse cualquiera donacion, con tal que fuese moderada y conforme á su clase y posicion, aunque lo mas conforme seria que se consignara desde luego por via de *arras*, en cuyo caso nadie podria objetar si eran inoficiosas cabiendo en la décima que por este último concepto puede darse.

Tanto que se hagan de uno como de otro modo, el exceso no es costumbre que se aplique á la Real Cámara, como dispone la ley 7.^a, tit. iii, lib. x, Novis. Recop., sino que juntamente con la parte que lícitamente puede darse ha de traerse á colacion en la herencia paterna existiendo otros hermanos, y habiendo salido del patrimonio del padre los bienes en que consistió dicha donacion.

Por parte de la esposa, como las mugeres son naturalmente *cobdiciosas*, segun espresion de la ley 3.^a, tit. xi, Partida 4.^a, no era de temer que se escedieran en cuanto á la cantidad que por este respecto pudieran dar; y de aquí el no haber puesto la ley una tasa particular á las donaciones que ellas hicieren; debiéndose regir en cuanto á estas por lo dispuesto acerca de las donaciones comunes: lo cual ha de entenderse igualmente cuando fueron otros que los esposos los donantes, excepto si fueran sus padres.

En el nuevo Código hay tambien tasa señalada para estas donaciones, tanto en las que hicieren los esposos como en las de sus padres, y del mismo modo que en la actualidad han de

llevarse á colacion las hechas por estos, en lo que escedieren de la cantidad que pueden dar por este respecto (1).

Como estas donaciones, aunque comprendidas entre las llamadas *inter vivos*, no siguen la naturaleza de las demás en cuanto á los efectos que producen, se hace preciso saber cuáles son los que el derecho les atribuye.

§. III.

Efectos de las donaciones esponsalicias.

Las donaciones esponsalicias hechas dentro de la tasa que les señala la ley, en tanto valen en cuanto se efectúe el matrimonio, á no ser que espresamente se pactara lo contrario.

Sentado este antecedente, se vén desde luego los efectos que ellas producen, que no son otros sino el pertenecer al donatario el dominio de los bienes en que consistan, y el pasar por lo mismo este á sus herederos despues de su muerte.

Mas si no llegara á efectuarse el matrimonio, como no siempre es una misma la causa que puede impedir su celebracion, de aquí la necesidad de distinguir si dejó de celebrarse por culpa del donatario, ó lo fué por una casualidad, ó por voluntad ó consentimiento de ambos.

En el primer caso deberá devolverse al donante lo que el donatario recibió por este concepto; y aunque algunos añaden que debe restituirse tambien el duplo ó cuádruplo cuando se hubiere pactado, sin embargo, como no hay ley en las Partidas que así lo ordene, y por otra parte no se admiten por derecho canónico tales estipulaciones, por ser contrarias á la libertad de los mátrimonios, debemos estar mas bien por lo que hemos espresado, mayormente cuando en los mismos términos lo establece la Ley 3.^a, tit. xi, Part. 4.^a

Algunos autores, no obstante, aplicando al matrimonio la doctrina de la Ley 7.^a, tit. v, Part. 5.^a, en la que se trata de las arras que median en el contrato de compra-venta, sientan que si aquel dejó de celebrarse por culpa del donante, pierda este los regalos que hizo, y si por culpa del donatario, haya de restituirlos doblados, esto es, los mismos, y además su valor.

(1) Artículos 652, 653, 880, 954, 1246 y 1261.

Véase la glosa de Gregorio Lopez á la ley 84, tít. xviii, Partida 3.^a

En el segundo caso, ó cuando el matrimonio dejara de celebrarse por una casualidad, como, por ejemplo, por la muerte del esposo, dispone la ley que si no intervino ósculo en la celebracion de los esponsales, que era uno de los modos como se celebraban estos, segun las prácticas admitidas antiguamente, y de las cuales hacen mérito las leyes romanas, como es de ver por la 16 del Código de donat. ante nup., deberá volver la esposa á los herederos del esposo lo que recibió de este, mas si intervino ósculo en su celebracion, solo devolverá la mitad, quedándose la esposa con la otra parte. Si la muger hubiere sido la que hizo el regalo, haya ó no haya habido ósculo, pasará entonces á sus herederos. Leyes 3.^a, tít. xi, Part. 4.^a y 3.^a, tít. iii, lib. x, Novís. Recop.

Finalmente, cuando por voluntad ó consentimiento de ambos no llegare á efectuarse el matrimonio, se observará en cuanto á los regalos hechos lo que entre ellos se hubiere pactado.

Si dichas donaciones se hubieren ofrecido por el marido, como aumento de dote, vendrá obligado á garantirlas con hipoteca; pero si lo hubiere hecho sin este requisito, solo estará ligado por obligacion personal, quedando á su arbitrio asegurarla ó no en aquella forma. (Artículos 168 y 178 de la ley.)

En el nuevo Código tambien se sobreentiende en las donaciones esponsalicias la condicion de si se verifica el matrimonio, y de aquí el de haber de quedar sin efecto si este no se efectuare, escepto el caso en que no hubiere mediado culpa por parte de la muger, pues entonces le concede para sí la mitad de los regalos de boda (1).

Tal es, en breves palabras, la doctrina de las leyes acerca de las donaciones esponsalicias, debiéndose tener presente que lo dicho relativamente á sus efectos se entiende para el caso en que juntamente con estas donaciones no se hubieren dado ó prometido *arras*, de cuya naturaleza y efectos trataremos á continuacion.

(1) Art. 1248.

§. IV.

Acepciones de la palabra ARRAS, y sentido en que la tomamos en este lugar.

La palabra *arras* se toma entre nosotros en varios sentidos. Generalmente hablando, significa *la prenda ó señal que se dá para seguridad del cumplimiento de una cosa*, y en este sentido la usamos, tanto en los contratos, especialmente en el de compra-venta, como en los matrimonios.

Pero además de esta acepcion general, hay otras, particularmente en el matrimonio, que conviene tener presente, para no confundir los efectos que les son propios, segun el diverso modo como se considere.

Así que puede tomarse:

1.º Por lo que se dá en señal de los esponsales contraidos y en prenda del futuro matrimonio, ó segun dice la ley 1.ª, tit. XI, Part. 4.ª, como *peño que es dado entre algunos por que se cumpla el matrimonio que prometieron de hacer*, y en este sentido sigue la naturaleza de las donaciones esponsalicias en cuanto á las personas que puedan hacerlas y sus efectos.

2.º Por las dádivas ó regalos que se hacen los esposos *ante que el matrimonio sea acabado por palabras de presente*, que dice la ley 2.ª, id., con cuya significacion quiso aludir sin duda el Rey Sábio á las donaciones esponsalicias, en cuyo caso se producen los mismos efectos.

3.º Por la donacion que hacia antiguamente el esposo á la esposa para seguridad de la dote, conocida entonces, segun hemos observado en el párrafo XII de la seccion anterior, con el nombre de donaciones *propter nuptias*, como es de ver por la ley 1.ª, id., y cuyos efectos no eran otros sino el de quedar asegurada la dote con los bienes que la componian, y el detener sobre ellos la muger los mismos derechos que los que tienen los acreedores sobre las cosas dadas en prenda.

4.º Por lo que se dá en señal del matrimonio contraido, como lo es la donacion que, segun costumbre de algunas provincias de España, se hace de trece monedas, que en las relaciones ó bendicion nupcial pone el desposado en manos de la desposada, á presencia del párroco y los testigos.

5.º Finalmente, por la donacion que se hace en consideracion á ciertas cualidades personales de la muger, que es el sen-

tido en que tomamos la palabra *arras* en este lugar, y segun el cual podremos definir las diciendo que es *la donacion que el esposo hace ó promete á la esposa, ó el marido á la muger, en consideracion á su dote ó á sus prendas personales.*

Si esta donacion se hace de presente á la esposa ó muger, entonces las *arras* se llaman *entregadas*; mas si solo se ofrecen estas ó prometen, se llamarán *arras prometidas*. Unas y otras han de hacerse constar por medio de escritura pública; y como para su otorgamiento son mas ó menos los requisitos que se exigen, segun la clase de personas de donde procedan, será preciso que veamos quiénes pueden dar *arras* ú ofrecerlas.

§. V.

Qué personas pueden dar ú ofrecer ARRAS, y tiempo en que pueden verificarlo.

Pueden dar ú ofrecer *arras* tanto los esposos á sus esposas como los maridos á sus mugeres, aunque no hayan llegado unos y otros á la mayor edad. Mas para que no se dé lugar á que puedan revocarse estas donaciones cuando fueren hechas por personas menores de edad, ó por los que fueren hijos de familia, deberán observarse los requisitos siguientes:

1.º Que en las *arras* que dieren ó prometieren los menores de edad hayan de concurrir al otorgamiento de la escritura sus curadores, si los tuvieran, y además, ha de haberse de obtener la licencia ó decreto judicial, si consistieran ellas en bienes raices. Si no tuvieran curador, podrán solo prometer *arras* y quedar obligados por este prometimiento, salvo el beneficio de *restitucion*, como dispone en términos generales la ley 5.ª, tít. xi, Part. 5.ª, y aun tambien podrán darlas ó entregarlas si consisten en dinero, ó en cosas que guardándolas no pueden conservarse.

2.º Que si fueran hijos de familia los que hicieren estas donaciones; han de concurrir al otorgamiento de la escritura sus padres, hayan ó no llegado aquellos á la mayor edad.

3.º Que por parte de la esposa que se hallare en los mismos casos que el esposo, hayan de concurrir sus padres ó curadores para darse por entregada, ó manifestar su aceptacion.

Si sin concurso de los padres ó curadores, ó sin la licencia

del juez en los casos necesarios, se hubieren hecho estas donaciones, podrá reclamarlas el esposo durante su menor edad y cuatro años despues, haciéndose solo eficaces si durante este tiempo no se hubieran reclamado, segun doctrina de Antonio Gomez en su comentario á la ley 50 de Toro, núm. 14.

En cuanto al tiempo en que pueda verificarse el señalamiento de las *arras*, nuestra opinion, como se deduce de lo que acabamos de indicar, es que pueden ofrecerse, darse y aumentarse antes y despues de celebrado el matrimonio, fundándonos para ello en que las *arras* no deben considerarse como una donacion simple, que es la que generalmente está prohibida entre casados, sino que son efecto de una donacion remuneratoria ó por causa, segun aparece de la definicion que hemos dado de ellas en el sentido en que hoy dia tomamos dicha palabra; y siendo esto así, no hay inconveniente alguno en que se puedan ofrecer, dar y aumentar aun despues del matrimonio; á la manera que tambien está permitido por la ley 1.^a, tít. XI, Part. 4.^a, que pueda hacerse en este tiempo la donacion *propter nuptias* en cuyo lugar han sucedido las *arras*, como enseña Gregorio Lopez en la glosa 4.^a á dicha ley, y confirman además Antonio Gomez en la ley 50 de Toro, y Covarrubias, Part. 2.^a de Matrim.

A pesar de esta doctrina, en el nuevo Código no pueden constituirse despues del matrimonio las *arras* ó las *donaciones matrimoniales*, bajo cuyo nombre se comprenden, por estar declarada espresamente como nula toda donacion de un cónyuge á otro, escepto los regalos módicos que se hicieran en ocasiones de regocijo para la familia (1), y además porque al permitírsele al esposo que pueda constituir dote á la esposa, en lo cual puede encontrarse cierta semejanza con lo que hoy dia llamamos *arras*, únicamente se le concede que pueda hacerla antes, mas no despues de celebrado el matrimonio (2).

Mas ó bien se constituyan antes, ó bien asimismo despues del matrimonio, como puede sostenerse con arreglo á nuestra actual legislacion, no es dueño el esposo de dar ú ofrecer cualquier cantidad por este respecto, sino que la tiene ya determinada por la ley, segun manifestaremos á continuacion.

(1) Art. 1259.

(2) Art. 1266.

Cantidad que puede darse ú ofrecerse á título de ARRAS.

El esposo puede por razon de arras dar ó prometer á la esposa, sea esta soltera ó viuda, hasta la décima parte de sus bienes libres, presentes ó futuros, segun disponen las leyes 1.^a y 2.^a, tit. II, lib. III, Fuero Real y 1.^a, tit. III, lib. X, Novísima Recopilacion.

Si se escediere de esta cantidad, podrán reclamar el esceso los parientes mas próximos del que las dió, siendo nulo cualquier pacto que sobre ello se hiciere, y nula tambien la renuncia que se quisiera hacer de la ley que prohibe dar en arras mas de la espresada cantidad, incurriendo en la pena de privacion de oficio el escribano que la autorizare, segun establecen las citadas leyes.

No obstante de hallarse así dispuesto, los autores promueven varias cuestiones, las cuales podrán resolverse todas ellas fácilmente con solo atender que la ley no tuvo otro objeto en esta prohibicion que el interés público, y por lo mismo no era de creer que dejara al arbitrio de los particulares el poderla eludir, valiéndose de cualquier pretesto ó subterfugio, como, por exemplo, el de dejar el quinto de los bienes en las capitulaciones matrimoniales, ó el confirmar con juramento la promesa de arras, ó hacer que se entendiera lo dado por otra cualquiera donacion remuneratoria distinta de las arras.

Cuán ageno sea de la ley el que se admitan estas causas como medios para asegurar los esposos la parte en que quisieran escederse de la cantidad prefijada, lo demuestran los términos generales con que se espresan las leyes antes citadas; corroborándose mucho mas con el contenido de la 7.^a, tit. III, lib. X, Novis. Recop., en la que se dispone que el Consejo de Cámara no tenga facultades para dispensar la observancia del Fuero Real, y que las justicias hagan averiguacion de si en las escrituras que se otorguen de esta clase se esceden los esposos de la cantidad señalada, para ejecutar en ellos la pena establecida.

Cuando se esceden ó no los esposos en cuanto á dicho señalamiento, podrá saberse atendiendo á la clase de bienes en que pueden constituirse.

Bienes en que pueden constituirse las arras, y reglas para su señalamiento.

Las arras pueden constituirse en toda clase de bienes del patrimonio de aquel que hiciere la donacion. Si fueren vinculados ó sujetos á restitution, ó fueren pensiones ó rentas vitalicias, se entenderán hechas de los frutos, réditos ó productos líquidos que percibiére durante su vida, como resuelven comunmente los autores; y si se constituyeran en bienes raices y el esposo ó marido fueran menores de edad, deberá para su validez intervenir la aprobacion del juez.

Cualesquiera que sean los bienes en que se constituyan las arras, para evitar las dudas que pueden ofrecerse en la computacion de la décima que se les permite dar, será muy conveniente, segun algunos, que señalen los esposos una cantidad fija, espresando que cabe en la décima de los que entonces poseen, y añadiendo que si no cupiere, la consignan sobre las que puedan tener y dejar al tiempo de su muerte.

Sin embargo, atendida la dificultad que ha de presentarse quando la muger ó sus herederos quisieran probar que cabia en los bienes que tenia el esposo al constituir las, nos parece mas acertado que el esposo ó marido den ó prometan desde luego por via de arras la décima parte líquida de los que hubieren adquirido al tiempo en que hayan de pagarse ó computarse, mayormente quando, segun la ley 2.^a, tit. III, lib. III, Fuero Real, si el marido no teniendo bienes al tiempo de casarse, diere ó prometiére arras, se ha de entender que las dá de *cuanto hubiere en su poder al tiempo que se las demandaren*, como espresa la misma ley.

En el caso en que un viudo diere ó prometiére por via de arras á su segunda ó tercera muger la décima parte de sus bienes, se entiende con la condicion de que no grave las legítimas de los herederos forzosos, y de que para calcular la décima de la segunda muger se ha de rebajar antes la que se ofreció á la primera, y del residuo sacar entonces la de la segunda, y así sucesivamente de las demás que hubiere tenido.

Con estos antecedentes podrán evitarse muchas cuestiones, y quedará segura la muger del derecho que le compete sobre las arras mientras no haya hecho cosa por que deba perderlas.

Cuál sea este derecho que adquiere la muger , y cuándo lo puede perder, se hará constar determinando los efectos que producen las arras.

§. VIII.

Efectos que producen las arras.

Los efectos que las leyes atribuyen á las arras , son los siguientes:

1.º El que efectuado el matrimonio pasa á la muger el dominio de las arras si son *entregadas*, quedando el marido con su administracion del mismo modo que con la de los otros bienes, hasta que disuelto el matrimonio se encauten de ellas la muger ó sus herederos. Si fueren *prometidas*, solo tendrán facultad entonces de reclamar la cantidad que por este concepto les pueda pertenecer: advirtiéndose que considerándose las de esta segunda clase como una deuda del marido, se ha de satisfacer su valor del capital propio suyo despues de partidos los gananciales, á diferencia de cuando fueren *entregadas*, que si se hubieran dado como aumento de dote, y se incorporaron bajo este concepto en la carta dotal, han de satisfacerse del cuerpo de bienes antes de pasar á la particion de los gananciales, segun enseñan los prácticos.

Por la ley 1.ª, tit. II, lib. III del Fuero Real, volvian las arras al marido que las dió ó á sus herederos si la muger moria sin hijos del matrimonio, ó sin haber dispuesto de los bienes en que consistieron; pero por la ley 2.ª, tit. III, lib. X, Novis. Recop., pasa su dominio á la muger, y de consiguiente, muerta ella, testada ó intestada, pertenecerán á sus herederos, á no ser que el marido al tiempo de constituir las pusiera la condicion de que no existiendo hijos hubieran de volver á él ó á sus herederos, que es la doctrina que ha de observarse en cuanto al primer efecto.

2.º El que en caso de haberse señalado bienes en que consistan las arras, queda prohibido el marido de poderlas enagenar, aunque mediare permiso de la muger. Ley 4.ª, tit. II, libro III del Fuero Real.

3.º El de quedar obligado el marido á constituir hipoteca legal, para la seguridad de las arras que hubiere prometido, si

las ofreció como aumento de dote, pues de lo contrario queda á su arbitrio el constituirla ó no, quedando caso negativo legado únicamente por obligacion personal.

4.º El de quedar obligada la muger que pasa á segundas nupcias á reservar para los hijos del primer matrimonio las arras que hubiere recibido de su marido, y así respectivamente si se casare mas veces, gozando ella solo el usufructo mientras viviere. Ley 1.ª, tit. II, lib. III del Fuero Real.

5.º El perder las arras la muger que cometiere adulterio, si se le probase, y aun sin necesidad de probarlo si se fue de casa del marido para cometerlo. Ley 6.ª id. Igualmente las perderá, del mismo modo que cualquiera otra donacion que hubiere recibido del marido, si despues de muerto este *no ficie-re buena vida*, como espresa la ley 9.ª, tit. XII del mismo libro.

6.º Si además de las arras hubiere hecho el esposo alguna donacion esponsalicia, no podrá llevar ambas cosas la muger al tiempo en que se disuelva el matrimonio, sino que solo tendrá derecho á escoger ella ó sus herederos una de las dos donaciones, dentro el término de veinte dias, contados desde el requirimiento que al efecto se hiciere; pasados los cuales sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó á sus herederos. Ley 3.ª, tit. III, lib. X, Novis. Recop.

Sin embargo de lo dispuesto en la ley, opinan los comentadores del derecho que esta necesidad de elegir entre ambas donaciones solo tiene lugar cuando los objetos en que consistieron las llamadas *esponsalicias* no fueran ropas ú otros efectos de uso ordinario, pero no cuando fueran de esta clase y la muger los hubiera consumido; pues en tal caso, como el marido tiene obligacion de suministrar á su consorte el vestido, es indiferente que haya él costado estos efectos antes ó despues del casamiento; con cuyo motivo conceden entonces á la muger que pueda pedir tambien las arras por entero.

Como quiera que sea, para que puedan aplicarse debidamente los efectos, tanto de las donaciones esponsalicias como de las arras, convendrá que se hagan constar unas y otras por documento público, con lo cual se evitarán las cuestiones que pudieran promoverse.

7.º Y finalmente, si el marido ofreciere á la muger arras

y donacion esponsalicia, solamente quedará obligado á constituir hipoteca por las unas ó por la otra, á eleccion de la misma muger, ó á la suya, si ella no optase en el plazo de veinte dias que la ley señala, contado desde el en que se hizo la promesa. (Art. 179 de la Ley hipotecaria.)

§. IX.

Documentos en que han de estenderse las donaciones esponsalicias y las arras.

Los documentos en que pueden hacerse constar las donaciones esponsalicias, son: ó la escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que, segun se dijo en la seccion anterior, aparecen los pactos y condiciones bajo las cuales se ha de verificar el matrimonio, ó la escritura de esponsales, ó la de dote y de reconocimiento del capital del esposo, ó en fin, pueden hacerse constar en escritura separada que al efecto se otorgue, como lo es regularmente la misma que se celebra para los esponsales.

En unas y otras se han de anotar los bienes en que consistan las donaciones, espresando su especie, calidad y valor, á fin de que pueda constar si están dentro la tasa que permite la ley cuando el esposo las hace á la esposa, ó dentro de lo que se permite relativamente á las donaciones comunes cuando las hiciere la esposa al esposo.

En cuanto á las otras donaciones llamadas *arras*, ora sean entregadas, ora prometidas, lo regular es que se hagan constar en la misma escritura de recibo de dote; pero esto no impide que se otorgue para ello una escritura particular, espresando la causa que motiva las arras, como igualmente la cosa ó cantidad que se dá ó promete, con la declaracion de que cabe en las décima parte de los bienes del donante, ó que las ofrece de aquellos bienes que le pertenecieren al tiempo en que hayan de pagarse, que es lo mas prudente, segun se dijo en el párrafo VII.

Para el otorgamiento de estas escrituras concurrirán solo los esposos si fueren mayores de edad y no estuvieren bajo la patria potestad; pero si fueren menores ó hijos de familia deberán además concurrir sus padres ó curadores, segun dijimos en el párrafo XIII de la seccion anterior.

De las tres clases de bienes en que dividimos los que tienen relacion con el matrimonio, solo nos falta considerar la naturaleza de los que se conocen con el nombre de *gananciales*, de los cuales nos ocuparemos en la siguiente seccion.

SECCION TERCERA.

De los bienes gananciales.

Resúmen.

§. I. Naturaleza y origen de los bienes gananciales.—§. II. Su utilidad y fundamento.—§. III. Requisitos para la duracion y existencia de la sociedad conyugal que los produce.—§. IV. Qué bienes se consideran como gananciales.—§. V. Cuáles son los que existiendo en el matrimonio no gozan de esta consideracion.—§. VI. Derechos de los cónyuges sobre ellos.—§. VII. Cargas anejas á los mismos.—§. VIII. Cuándo se acaba la sociedad legal ó de gananciales.—§. IX. Modo cómo ha de procederse á la liquidacion y division de estos bienes.

§. I.

Naturaleza y origen de los bienes gananciales.

La otra clase de bienes matrimoniales son los que conocemos en España con el nombre de *gananciales*, los cuales pueden definirse diciendo que son *aquellos que ganan por mitad marido y muger durante la sociedad conyugal*.

Su origen es debido á una de las prácticas legales introducidas por los visigodos al tiempo de la conquista, y que ellos observaron en los pueblos de su nacimiento, partiendo entre sus mugeres las presas ó botin cogido en la guerra á sus enemigos, segun se dijo en el párrafo VI, leccion III de la primera parte de esta obra.

Aprobó el Fuero Juzgo esta práctica, elevando á ley lo que hasta entonces solo se observaba por costumbre; pero al mismo tiempo dió reglas para determinar qué clase de bienes habian de considerarse como gananciales, y cómo debia procederse á su particion, de lo cual trata la ley 17, tit. II, lib. IV de este Fuero.

Continuó observándose en el fondo esta legislacion bajo el régimen municipal, como aparece de las disposiciones conteni-

das en los Fueros, siendo de notar en ellos las dos siguientes modificaciones, á saber: 1.^a, la de admitir á esta participacion no solo á las mugeres casadas en matrimonio *solemne*, sino tambien á las que procedian del matrimonio de *barraganía* y de *á yuras*, que autorizaron los Fueros; y 2.^a, la de haberse de partir por mitad las ganancias habidas en ellos, cuando por la citada ley del Fuero Juzgo solo debia hacerse la particion á prorrata de lo que cada cónyuge hubiere aportado, como se manifestó en el párrafo v, leccion xi de nuestra primera parte.

Aprobó esta segunda variacion el Fuero Real; pero no la que estendia á toda clase de enlaces el derecho á los gananciales, segun es de ver por las palabras de *marido* y *muger* que usan las leyes del tit. iii, lib. iii de este Fuero, las cuales únicamente convienen á las personas que proceden de la union *solemne*; y bajo cuyo concepto quedó consignada ya en este Código la doctrina sobre la calificación de los bienes gananciales, que es la misma que la que en la actualidad rige.

Sin embargo de una práctica tan generalmente observada desde el origen de la Monarquía española, las Partidas siguieron en esta materia las doctrinas del derecho romano, el cual hacia dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el matrimonio; y de aquí el establecerse en dicho Código, como regla general, que todos los bienes que aparecieran á la muerte del marido debian pertenecer á sus herederos, aunque se hallaren en poder de la muger, escepto si justificaba esta que eran suyos, ó que los habia adquirido honestamente por medio de un arte ú oficio. Ley 2.^a, tit. xiv, Part. 3.^a

La regularidad con que desde lo antiguo se habia ido continuando la doctrina sobre la comunidad de bienes en el matrimonio, hizo que no se admitiera la innovacion que las Partidas trataron de introducir; y prueba de ello es que las leyes de Estilo, primera de las Compilaciones que aparecieron despues de formadas aquellas, y la cual no es mas sino un compendio de las prácticas legales introducidas desde el Rey D. Alonso el Sábio, segun se manifestó en la leccion xv de la Historia, nos presentan la legislacion de los bienes gananciales tal como la habia sancionado el Fuero Real, segun consta por las leyes 203, 205, 206 y 207; la cual vemos despues autorizada en el tit. iv del lib. v de las Ordenanzas Reales de Castilla; en las leyes 14, 15,

16, 60, 77 y 78 de Toro; en el tit. ix del lib. v de la Nueva Recopilacion, y en el iv, lib. x de la Novísima.

Esta doctrina, tan generalmente admitida en nuestra España, seria bastante para probar la utilidad que reporta el reconocimiento de estos bienes, si al mismo tiempo no tuviéramos razones de mucho peso que lo confirman, de las cuales, así como de su fundamento para su existencia, nos ocuparemos en el siguiente párrafo.

§. II.

Utilidad de los bienes gananciales, y su fundamento.

Aunque por regla general es mas bien perjudicial que provechosa la comunidad de bienes, por darse lugar con ella á continuos pleitos y discordias, ó á que pierdan los bienes comunes su valor, con otros inconvenientes que acredita la esperiencia, sin embargo, la comunidad de los que se adquieren durante el matrimonio, así como la de los que provienen de una sociedad convencional, lejos de producir estos daños reporta grandes ventajas.

En efecto, por medio de esta comunión de bienes se interesan mas los cónyuges en su aumento, los miran con mayor afecto, y trabajan con mas ahinco para su conservacion y su mejoramiento. ¿Qué seria de las adquisiciones que hiciera el marido si la muger no tuviera parte en estas ganancias? Que por su abandono y disipacion los arruinaria esta, ó que en lugar de procurar aumentarlos durante el matrimonio, trataria de aprovecharse de ellos en su utilidad particular.

Es, pues, útil esta comunidad de bienes, sin que por otra parte haya la injusticia que suponen algunos en haberse de partir ellos por mitad, especialmente cuando no aporta dote ni otro capital alguno la muger; pues esta desigualdad queda compensada, ó con los cuidados que pone esta en la crianza de los hijos y en el gobierno interior de la casa, ó con las buenas cualidades tanto físicas como morales de que se halla adornada, que es lo que decidió al marido á enlazarse con ella.

Atendiendo, pues, á estas razones, creyeron conveniente nuestros legisladores establecer entre marido y muger una so-

ciudad legal, cuya base y fundamento fuera el matrimonio, con derecho á partir las ganancias habidas durante el mismo; habiéndose generalizado de tal modo, que aun en las ciudades como en la de Córdoba, en que no participaban las mugeres de estos bienes, quedó derogada despues semejante práctica, como aparece de la ley 13, tít. xv, lib. x, Novís. Recop.

Con estos antecedentes era de esperar que en el proyecto de nuevo Código se reconociera igualmente esta sociedad legal, y así al efecto ha sucedido, como aparece de las disposiciones contenidas en el lib. III de este Código (1).

Su duracion depende de la continuacion de los cónyuges en la union que abrazaron por el matrimonio, y de aquí el considerarse como requisito indispensable para su existencia el no estar separados legalmente marido y muger, como haremos ver á continuacion.

§. III.

Requisitos para que subsista la sociedad legal.

Siendo el matrimonio el fundamento de la sociedad legal, ó de gananciales, segun lo demuestra su institucion, y exigiéndose en él la union de los cónyuges entre sí, es consiguiente la obligacion de haber de vivir estos unidos legalmente para que puedan tener lugar y continúen los efectos de esta sociedad.

Así lo establecen las leyes 205 de Estilo, y 1.^a, tít. IV, libro x, Novís. Recop., diciendo que para ganar estos bienes ha de estar el *marido en uno con su muger*, como espresa la primera ley citada, ó *estando de consuno*, que es la frase de que se vale la ley recopilada: cuyas palabras, aunque algunos las interpretan estrictamente, creyendo que se refieren á la union material y continúa en un mismo lugar, sin embargo, la mayoría de los intérpretes las entienden de la union legal, la cual en tanto subsiste, en cuanto no estén separados los cónyuges por divorcio, segun aparece tambien de la doctrina del nuevo Código (2).

(1) Artículos desde el 1309 al 1353.

(2) Artículos 1309, 1310 y 1311.

Algunos escritores añaden que ni aun en caso de divorcio cesan absolutamente los efectos de la sociedad legal; pues á semejanza de lo que sucede en el contrato de sociedad, en el que por renuncia maliciosa de un sócio no participa el renunciante de las ganancias, y sí de las pérdidas de la sociedad, quieren tambien que el causante del divorcio tenga que comunicar con el otro cónyuge las ganancias que hiciere despues de su separacion, sin adquirir ningun derecho en las que hiciere el cónyuge inocente; cuya doctrina, que siguen Azevedo y Mattienzo, segun se espresó en el párrafo VIII de la leccion anterior, no puede en concepto nuestro admitirse en los divorcios perpétuos, por considerarse estos como una ruptura total de cuerpos é intereses, y no diferenciarse de la disolucion del matrimonio por causa de muerte, sino en la prohibicion de contraer otro matrimonio, y en la facultad de poderse volver á unir á pesar de la perpetuidad de la separacion, como se dijo en el párrafo VII de la misma leccion.

Por la misma razon, desechamos como infundada la opinion de aquellos que en el caso en que muerto un cónyuge, y no procediendo sus herederos á la separacion de bienes entre ellos y el otro cónyuge sobreviviente, entienden que continúa tácitamente en ellos esta sociedad: puesto que no existiendo ya en este caso la causa que la introdujo, no puede admitirse que continúa en ellos la sociedad legal (1). Lo que únicamente puede admitirse es que si los bienes ó dinero que dejó el difunto fueron adquiridos por él y por su muger durante el matrimonio, de modo que no resultaran otros bienes por ambas partes, quedará formada por este hecho una nueva sociedad con los capitales que por mitad les pertenecen; pero no que haya de entenderse continuada la sociedad de gananciales, la cual, teniendo por fundamento el matrimonio, quedó ella terminada de hecho y de derecho por la muerte de uno de los cónyuges.

Así lo persuade además la clase de bienes que por ministerio de la ley se comunican en esta sociedad, como igualmente la especialidad de sus cargas, con otros varios efectos propios de ella, los cuales, no teniendo aplicacion sino entre

(1) Art. 1309.

marido y muger, no puede decirse que haya de continuar en el caso indicado la referida sociedad.

Qué clase de bienes pertenecen á esta , lo haremos ver en el párrafo siguiente.

§. IV.

Qué bienes se consideran como gananciales.

Por regla general se consideran como gananciales *todos los bienes que durante el matrimonio adquieren marido y muger por título oneroso y lucrativo comun , y los que producen los capitales de cada uno de los dos cónyuges.*

Mas como en algunos casos pueden suscitarse dudas sobre su verdadera naturaleza , se hace necesario , para su aclaracion, que estos queden bien determinados, lo cual procuraremos manifestar á continuacion , espresando separadamente qué bienes se reputan como gananciales , y cuáles son los que no gozan de esta consideracion por pertenecer al patrimonio de cada cónyuge.

Esto supuesto , serán bienes gananciales:

1.º Los frutos, rentas y utilidades que durante el matrimonio produzcan los bienes de uno y otro cónyuge, y lo que con el valor de los mismos frutos, ó con el dinero de alguno de ellos adquirieren. Leyes 1.ª y 5.ª, tit. iv, lib. x, Novis. Recop. (1).

2.º Los que el marido y muger ganaren con el trabajo de su oficio, industria ó profesion , ó adquirieran por título oneroso. Ley 5.ª, id. (2).

3.º Los que ganare el marido por servir en la milicia, ó por recompensas hechas por el gobierno, si el que los adquirió se mantenía á costa del caudal comun, así como tambien las donaciones hechas á ambos cónyuges. Leyes 1.ª y 2.ª, tit. iv, lib. x, Novis. Recop.

4.º El importe de las mejoras hechas en los bienes de cualquiera de ellos. Leyes 3.ª y 9.ª, tit. iv, lib. iii del Fuero Real (3).

(1) Artículos 1319, núm. 3.º, y 1324.

(2) Art. 1319, núm. 2.º

(3) Art. 1325.

5.º El precio de la finca que se adquiriere por derecho de retracto, ó en virtud del pacto de retroventa por parte de uno de los cónyuges, mientras no conste que pertenecía el dinero á aquel que la adquirió. Gomez, en la ley 70 de Toro.

6.º El valor de los oficios de escribano ú otro cualquiera que se comprare del fondo comun, con la condicion si fueren perpétuos de haberse de adjudicar en caso de particion por el precio que tuvieran al tiempo de hacerse esta, como resuelven Gomez y Matienzo.

7.º Lo que en caso de permuta de una finca patrimonial se diere de dicho fondo, por valer mas la nuevamente adquirida, segun enseñan los intérpretes.

8.º Las cantidades que se inviertan del fondo comun para pago de deudas de alguno de los consortes.

9.º Finalmente, todos los bienes que quedaren á la disolucion del matrimonio, y no pudiera probarse que eran de algun cónyuge, segun la ley 4.ª, tít. iv, lib. x, Novísima Recopilacion (1), salvo en los pueblos donde esté vigente el Fuero del Baylio, en los cuales, siendo comun lo que los casados aportan al matrimonio ó adquirieren durante él por cualquier título, se tendrán como gananciales cuantos bienes se encuentren á la muerte de uno de ellos.

Los demás bienes que no pertenezcan á las clases referidas formarán el capital de cada cónyuge, el cual, aunque fácil de determinar en vista de lo manifestado, sin embargo, para distinguirle mejor de los bienes que constituyen el caudal comun, será conveniente que espresen con separacion, siguiendo en ello el egeemplo de las mismas leyes.

§. V.

Que bienes son propios de cada cónyuge, ó que no se reputan como gananciales.

Aunque por el solo hecho de haber designado los bienes que se consideran como gananciales puede venirse en conocimiento de los que no lo son, ó que se reputan como bienes propios, no

(1) Art. 1328.

obstante, para que no quede la menor duda haremos una reseña de cada uno de ellos.

Así, pues, no se reputan gananciales, y si solo de cada cónyuge:

1.º Los que respectivamente hubieren aportado al matrimonio, salvo donde esté vigente el Fuero del Baylio, segun se ha dicho (1).

2.º Los que cada cónyuge heredare durante el matrimonio por título de legado, donacion, herencia, etc. Leyes 2.ª, y 5.ª, tit. iv, lib. x, Novis. Recop. (2).

3.º Los subrogados en lugar de los que pertenecian á cada cónyuge, ora lo hayan sido por permuta, ora por compra hecha con el precio de la finca enagenada. Ley 11, tit. iv, lib. iii del Fuero Real.

4.º Los comprados por el marido con dinero dotal, consinténdolo la muger, serán de esta, como espresa la ley 49, título v, Part. 5.ª, así como serán del marido los comprados con dinero suyo, á no ser que se pactara que la finca fuese ganancial, con derecho de parte del dueño del dinero de sacar igual suma de los gananciales antes de proceder á su particion (3).

5.º La finca que adquiriera aquel á quien competa el retracto, aunque con la obligacion de abonar á la sociedad el precio por el que se redimió, si salió este del caudal comun segun Antonio Gomez en la ley 70 de Toro.

6.º Las mejoras ó aumentos que reciban las heredades por beneficio de la naturaleza. Ley 26, tit. xxviii, Part. 3.ª

7.º Los edificios contruidos en terreno de uno de ellos, con la obligacion de abonar la mitad de lo que se invirtió en la edificacion. Ley 9.ª, tit. iv, lib. iii del Fuero Real.

8.º El derecho de usufructo que por la ley ú otro cualquier título hubiere adquirido un cónyuge, aunque los frutos que se perciban sean comunes, segun afirma Gomez en la ley 50 de Toro (4).

9.º Finalmente, las donaciones hechas á uno de los cónyuges, ora sean remuneratorias de servicios personales, ora he-

(1) Art. 1314.

(2) Artículos 1316 y 1256.

(3) Artículos 1314 y 1324.

(4) Art. 1322.

chas por el Rey, ora por los parientes ó amigos del cónyuge. Leyes 2.^a, tit. III, lib. III del Fuero Real, y 2.^a, tit. IV, libro X, Novís. Recop.

Con estas indicaciones podrá saberse mejor qué bienes son ó no gananciales: solo falta que veamos cuáles son los derechos de los cónyuges sobre cada uno de ellos. Mas como los que corresponden al capital del marido y de la muger quedaron ya manifestados en la primera seccion, únicamente nos ocuparemos en el párrafo siguiente de los que competen á los mismos sobre los bienes gananciales.

§. VI.

Derechos de los cónyuges sobre los bienes gananciales.

Aun cuando, atendiendo á las palabras de la ley que establece la comunión de bienes entre marido y muger, parece que habian de ser iguales los derechos que cada cónyuge tuviera sobre los mismos, sin embargo, razones de orden han decidido al legislador á conceder mayores derechos al marido que á la muger sobre estos bienes, mientras dure el matrimonio.

Empezando por los que tiene el marido, diremos que á él le pertenece el dominio *in actu* de los bienes gananciales durante la sociedad conyugal, y como consecuencia de este dominio, la facultad de administrarlos, permutarlos y enagenarlos á su arbitrio, siempre que no lo haga con ánimo ó intencion de defraudar ó perjudicar á su muger, como espresa la ley 5.^a, título IV, lib. X, Novís. Recop. (1).

Cuándo se supone que media fraude ó lo hace el marido con esta intencion, es muy difícil de averiguar. A nosotros, sin embargo, nos parece que pueden citarse tres casos, en los que debe suponerse en el marido la intencion de perjudicar á su consorte, y son: 1.^o, si hiciera donaciones cuantiosas; 2.^o, si saliera fiador de alguno, y hubiera sido condenado á su pago; 3.^o, si por culpa conocida suya se perdieran ó sufrieran desfalco estos bienes.

El primer caso está en la conciencia de cada uno el considerarlo como tal; pero los dos últimos están fundados en la

(1) Artículos 1333, 1334 y 1337.

misma ley. Véase para ello la ley 2.^a, tit. xi, lib. x, Novísima Recopilacion, en la que estando dispuesto que no quede obligada la muger ni sus bienes por la fianza que diere el marido, sino que haya de quedar responsable este con su propio caudal, claramente se deja comprender que en tal caso se quiso perjudicar á la muger; y lo mismo diremos cuando los desfalcos en estos bienes hubieren sido causados por culpa del marido, los cuales serán tambien de cuenta de este, como con respecto á la sociedad convencional lo determinó así la ley 7.^a, tit. x, Part. 5.^a

A pesar de la equidad que en sí contiene esta doctrina, se nota mucha diversidad entre los autores con respecto á determinar el caso á que pudo referirse la ley 5.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop., al limitar al marido la facultad de disponer de los bienes gananciales; habiendo escritores que consideran como válidas las enagenaciones hechas por él, aun cuando lo hubieren sido para gastar su producto jugando ó viviendo viciosamente, como enseña el Febrero reformado por Goyena.

Lo que no tiene duda alguna es, que esta facultad del marido para poder enagenar los bienes gananciales no es tan amplia que pueda disponer de estos bienes por causa de muerte (1), en razon de que, disuelto el matrimonio, pierde todo su derecho sobre ellos, y pasa el egercicio del dominio á la muger con respecto á su mitad, para disponer de esta á su arbitrio; de modo que si el marido le dejara algo en testamento, habrá de considerarse como un legado, y como tal deberá satisfacerse de sus bienes, sin disminuir en nada la parte de gananciales de la muger. Leyes 6.^a y 8.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop.

Además, puede tambien el marido negociar y especular con los bienes de la sociedad, la cual sufrirá en su caso las pérdidas que por este concepto se signieren, segun resuelven comunmente los intérpretes en conformidad á lo establecido en la ley 5.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop.; y últimamente, disponer de ellos para pagar el importe de lo prometido á los hijos comunes para su colocacion, segun la doctrina de los autores, con la cual se conforma el nuevo Código (2).

(1) Art. 1335.

(2) Art. 1330.

Con respecto á los derechos de la muger, aunque en general se dice que tambien tiene dominio sobre los bienes gananciales, este dominio es solo *in habitu*, hablando en términos de escuela, el cual está reducido al derecho que tiene ella á que se partan y se le adjudiquen por mitad los bienes que queden de esta clase al tiempo que se disuelva la sociedad conyugal; pero ni puede obligar estos bienes sin consentimiento del marido (1), ni impedir á este que disponga de ellos en los términos manifestados, ni hacer donaciones sin licencia suya, ni aun disponer de los suyos aunque fuere á título de limosna, á no ser de los bienes que espresa la ley 12, tít. xxiii, Part. 1.^a, á saber: ó de los parafernales no entregados al marido, ó de los que este le señaló á título de alfileres, ó cuando se tratara de socorrer alguna necesidad urgente.

Además del dominio *in habitu*, cuya frase se ha explicado, tiene tambien la muger la facultad de renunciar los gananciales, en cuyo caso no tendrá que soportar las consecuencias de las cargas que van anejas á estos bienes; las cuales se esplicarán en el párrafo siguiente.

§. VII.

Cargas de la sociedad de gananciales.

Como al establecer la ley la comunidad de bienes entre marido y muger señaló al mismo tiempo las cargas anejas á esta sociedad, será preciso que queden estas determinadas, tanto para que en caso de renuncia de la muger se vea por parte de quién está la obligacion de atender subsidiariamente con sus propios bienes al cumplimiento de las mismas, como igualmente para que cuando se proceda á la liquidacion del haber social se sepan las bajas que han de hacerse á este para proceder á una recta particion.

Con este motivo, pasaremos á designar las cargas de la sociedad de gananciales, las cuales son las siguientes:

1.^a Los gastos necesarios para el mantenimiento de los hijos comunes, segun se manifestó en el párrafo iv de la leccion iv,

(1) Art. 1338.

añadiendo el nuevo Código los causados en el de los hijos legítimos de solo uno de ellos (1).

2.^a Las dotes de las hijas y las donaciones *propter nuptias* de los hijos, ora las prometieran los dos consortes, ora solo el marido, con la diferencia que en caso de haberse hecho la promesa por los dos, si no hubiere gananciales suficientes para cubrir las dotes ó donaciones prometidas, tendrá que pagar cada cónyuge por mitad de sus propios bienes lo que faltare, y solo el marido con los suyos si él únicamente las hubiere prometido, como quedó explicado en los párrafos v y xii de la seccion 1.^a de esta leccion, citando para ello la ley 4.^a, tít. iii, lib. x, Novís. Recop.

3.^a Las deudas que se contrajeren durante el matrimonio por razon de la sociedad conyugal; pero no las que tenia cada consorte antes de casarse, segun espresan las leyes 14, título xx, lib. iii del Fuero Real, y 207 de Estilo; ni las que contrajo solo el marido por haber salido fiador de un tercero, como consta de la ley 2.^a, tít. xi, lib. x, Novís. Recop.; ni, finalmente, las privativas de cada uno, como por razon de alimentos á sus padres respectivos, y otras semejantes que anotan los prácticos (2).

Algunos son de parecer que las dotes y donaciones *propter nuptias* han de satisfacerse de los bienes gananciales aun despues de disuelta la sociedad conyugal; opinion que en nuestro concepto está destituida de fundamento, en razon de que, disolviéndose la sociedad en los casos que espresa el derecho, deben cesar todas las consecuencias que dimanen de ella, excepto las que se refieren al pago de deudas.

Cuáles son los casos en que se disuelve esta sociedad, lo explicaremos en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Cuando se disuelve la sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales se disuelve generalmente por dos causas:

(1) Art. 1329.

(2) Artículos 1329 y 1331.

- 1.^a Por sobrevenir alguno de los casos en que no hay ya lugar á la comunión de bienes.
- 2.^a Por perderse estos en razón de alguno de los delitos á los que la ley añade esta pena.

Casos en que no hay lugar a la comunión de bienes.

Estos son los siguientes:

1.^o Por la muerte de cualquiera de los cónyuges, aunque el heredero del difunto continúe morando con el sobreviviente sin proceder á la separación de bienes, según lo manifestado en el párrafo III.

2.^o Por la declaración de nulidad del matrimonio en los términos explicados en el párrafo VIII de la lección anterior (1).

3.^o Por divorcio perpétuo en cuanto á la cohabitación decretado por la Iglesia con conocimiento de causa en los casos y modo explicados en dicha lección; debiendo advertir que si el divorcio fuere temporal ó se hubieren separado los cónyuges sin autoridad de la Iglesia, no por ello cesará la comunión de bienes, como hemos observado en otros lugares.

4.^o Por renunciar espresamente la mujer el derecho sobre los gananciales; cuya facultad, si bien no consta claramente del tiempo en que se permite ejercerla, es muy probable la opinión de los que afirman que en rigor de ley puede hacerla, no solo antes y después del matrimonio, en lo que convienen casi todos los intérpretes, sino también durante él, como admite también el nuevo Código, aunque con ciertas restricciones en cuanto la hecha durante el matrimonio y después de disuelto ó anulado este (2).

Que aun según la actual legislación puede sostenerse esta opinión, lo inferimos de la ley 9.^a, tit. IV, lib. X, Novísima Recopilación, en la que tratándose de la renuncia de estos bienes y sus consecuencias, se usa de las palabras de *marido* y *mujer*, las cuales, como únicamente puede referirse á los casados mientras dura el matrimonio, según advierte Azevedo, es

(1) Art. 1339.

(2) Artículos 1256, 1238 y 1312.

claro que tambien puede hacerse la renuncia durante este tiempo.

No vale el decir que estando prohibidas las donaciones entre marido y muger no pueda hacerse la renuncia de estos bienes durante el matrimonio, porque las donaciones prohibidas son aquellas en que uno se hace mas rico y el otro mas pobre; pero no aquellas en que ni uno se hace mas rico porque el otro se haga mas pobre, ni uno se hace mas pobre aunque el otro pueda hacerse mas rico, á cuya clase pueden referirse las consecuencias de la renuncia de los gananciales hecha durante el matrimonio.

Nos abstenemos de entrar en otras reflexiones por no permitirlo el carácter particular de estas lecciones; y por lo mismo pasaremos á examinar los casos de disolverse esta sociedad por razon de delito.

Casos en que pierden los cónyuges el derecho á estos bienes, por razon de delito.

Estos son los siguientes:

1.º Por adulterio de la muger, segun la ley 2.ª, tít. vii, lib. iv, del Fuero Real.

2.º Por huir esta de la compañía de su marido. Ley 5.ª, tít. v, lib. iv, id.

3.º Por vivir deshonestamente aun despues de viuda, con respecto á la mitad que se le adjudicó; la cual pasará á los herederos de su difunto marido. Ley 5.ª, tít. iv, lib. x, Novísima Recopilacion.

4.º Por haber abandonado cualquiera de los cónyuges la Religion cristiana. Ley 6.ª, tít. xxv. Part. 7.ª

Además de los casos espresados, las leyes 10 y 11, tít. iv, lib. x, Novis. Recop., disponen que el marido ó muger puedan perder por delito estos bienes, y aun tambien los propios de cada uno, siempre que conste así por sentencia declaratoria, cuya doctrina admite en cierto modo el nuevo Código, como aparece de los casos en que puede decretarse la separacion de bienes, que es otro de los modos segun esta legislacion por los cuales acaba la sociedad legal (1).

(1) Artículos 1354, 1355 y 1356.

Prescindiendo de esta observacion, disuelta que sea la sociedad de gananciales por alguno de los modos que se han espresado, podrán desde luego los interesados proceder á su liquidacion y division en los términos que prescriben las leyes.

§. IX.

Cómo ha de procederse á la liquidacion y division de los gananciales.

Aunque al tratar de la division de la herencia se haga especial mencion de esta materia, sin embargo, como no es únicamente el caso de muerte de alguno de los consortes en el que ha de procederse á la liquidacion de la sociedad legal, no será por demás en este lugar el hacer una reseña de las reglas principales que sirven para dicho objeto, con las cuales podrán ponerse mas en claro los derechos de los casados, que es lo que ha ocupado nuestra atencion en estas tres secciones en que hemos dividido la presente leccion.

Esto supuesto, disuelta que sea la sociedad legal por alguna de las causas que se han manifestado, ante todo se inventariarán y tasarán todos los bienes que existan en poder de los cónyuges, y concluido el inventario y tasacion con arreglo á lo que se prescribe para la particion de herencia, se procederá á la liquidacion y adjudicacion en el modo siguiente:

En el primer lugar, se descuenta el importe de la dote que la muger aportó al matrimonio, y luego despues se deducen los bienes parafernales entregados al marido, teniendo presente lo que dijimos al hablar de esta clase de bienes.

Rebajados del caudal inventariado los bienes dotales y parafernales, se descuentan los bienes que forman el capital del marido, y hecho esto, los restantes deberán considerarse como bienes gananciales, los cuales se dividirán por mitad entre los dos cónyuges, separando antes en caso de muerte del conjunto de estos bienes el importe del lecho nupcial, ó el mismo si existiere, que se entregará al consorte que sobreviva, segun dispone la ley 6.^a, tít. vi, lib. iii del Fuero Real.

Si hubiere frutos pendientes al tiempo de la disolucion del matrimonio, se partirán entre los dos, con la distincion siguiente: de que siendo viña ó árboles es menester que aparezca el fruto, pues de lo contrario el dueño de estos solo deberá la mi-

tad de los gastos causados en su cultivo; pero siendo tierra sembrada, se partirán los frutos que esta produzca, aunque no aparecieren al tiempo de la disolucion, y si sin sembrar la tierra se hubieren hecho algunas labores en ella, el que se quedare con esta deberá abonar la mitad de las espensas hechas. Ley 10, tit. iv, lib. III del Fuero Real.

Con esta sencillez se procede á la liquidacion y division de los bienes gananciales, cuando no hubiere habido deudas; mas si las hubiere, deberán tenerse presente las siguientes reglas:

1.^a Las deudas contraidas por cualquiera de los consortes antes del matrimonio, y pagadas durante él, como igualmente lo pagado por cargas anejas á sus respectivos bienes, ó lo invertido en alimentos á sus ascendientes ó en otras obligaciones personales, se rebajará del caudal propio de cada uno; de modo que lo que ha de sacarse por capitales será lo líquido que quede despues de pagadas sus deudas.

2.^a Si alguno de los consortes no aportó capital alguno, y si solo deudas que se pagaron durante el matrimonio, se separa para el consorte no deudor otra cantidad igual á la que se pagó por las deudas del otro, y el sobrante que quedare se dividirá entonces por mitad, que es lo mas sencillo, ó cuando no, se contará como realmente existente lo que se pagó por las deudas, y al hacerse la particion se imputará en la parte que le haya cabido al deudor.

3.^a Si las deudas fueren comunes á los dos consortes, se pagarán del fondo de gananciales antes de partirse estos; y si no hubiere gananciales, ó importaren aquellas mas que estos, deberán deducirse de lo que quedare luego despues de sacada la dote y demás bienes de la muger, y antes del capital del marido, el cual solo percibirá su residuo, por ser él quien principalmente debe pagar las deudas á falta de bienes gananciales.

4.^a Finalmente, cuando haya que liquidar bienes de dos ó mas matrimonios contraidos por una persona, se formarán tantas cuentas cuantos son los matrimonios, observando en cada una de ellas lo que en general hemos manifestado en el supuesto de ser uno solo el matrimonio contraido por ellos.

Casi en los mismos términos encontraremos esplicada esta doctrina en el nuevo Código (1), la cual, aunque no se eleva

(1) Artículos desde el 1340 al 1353.

á ley, es digna de consultarse por el órden con que presenta el modo de procederse á la liquidacion de la sociedad legal, que es el último punto que nos faltaba para completar la materia relativa al matrimonio, considerado este como el modo mas natural y frecuente de adquirirse la patria potestad.

LECCION NONA.

DE LOS OTROS DOS MODOS POR LOS QUE SE

ADQUIERE LA PATRIA POTESTAD.

SECCION PRIMERA.

De la legitimacion.

Resumen.

§ I. Razon del método.—§. II. Qué es legitimacion, su origen y utilidad.—§. III. Qué hijos pueden legitimarse.—§. IV. Clases de legitimacion, cómo se consigue esta por el subsiguiente matrimonio, y sus efectos.—§. V. Cuándo tiene lugar la legitimacion por rescripto del Rey, y cómo se obtiene.—§. VI. Qué efectos produce.—§. VII. En qué consiste el reconocimiento de hijos, cómo se verifica y sus efectos.

§. I.

Razon del método.

Con lo que se ha dicho en las lecciones anteriores puede verse en conocimiento de la naturaleza del matrimonio y de sus principales efectos civiles.

Uno de ellos es el de adquirirse por este medio la patria potestad, pero como al mismo tiempo ha sancionado la ley otras instituciones con las cuales puede conseguirse tambien dicho efecto, el orden pide que hablemos de cada una de ellas á continuacion, poniendo á la vista cuantas disposiciones tiendan á hacer que correspondan al fin por que se establecieron.

De estas instituciones, la primera es la *legitimacion*, y la segunda el *prohijamiento* ó la *adopcion*. Útiles las dos, aunque no en igual grado, al bienestar de las personas y de la sociedad, interesa en gran manera que nosotros nos ocupemos de la legislacion que las autoriza y concierta, lo cual servirá de materia á la presente leccion, que para el mejor orden hemos creído conveniente dividir en dos secciones, en la primera de las cuales se tratará de la *legitimacion*, su utilidad, modos de obtenerse y efectos que produce; y en la segunda, del *prohijamien-*

to ó adopcion, esponiendo respecto de esta cuanto puede servir para nuestros usos en los actos de la vida civil.

§. II.

Naturaleza de la LEGITIMACION, su origen y utilidad.

Se entiende por LEGITIMACION *un acto por el que es elevado á la condicion de hijo legítimo el que ha nacido fuera de matrimonio.*

Su origen.

Ni en el tiempo que duró en Roma el gobierno republicano, ni en los tres primeros siglos del Imperio, encontraremos vestigio alguno de la legitimacion.

El primer documento que aparece de este acto es del tiempo del emperador Constantino, el cual, con el objeto de abolir, ó al menos de ir disminuyendo los casos de concubinato, dispuso que los hijos nacidos hasta entonces de concubina ingénuu ó libre se hicieran legítimos si los padres cambiaban el concubinato por el matrimonio, cuya disposicion confirmó despues el emperador Zenon, segun consta por la ley 5.^a, tit. xxvii, lib. v del Código.

Posteriormente, el emperador Anastasio estendió esta gracia á todos los hijos, tanto hasta los entonces nacidos, como á los que en adelante fueran procreados en el concubinato, como espresa la ley 6.^a del mismo título y libro, y aunque poco despues revocó esta ley el emperador Justino, segun aparece de la ley 7.^a, idem, no tardó en ser restablecida por el emperador Justiniano, resolviendo al mismo tiempo cuantas dificultades se ofrecian en su observancia, como es de ver por las leyes 10 y 11 del título y libro citados, y varios capítulos de las Novelas.

Con estas disposiciones se dió la última mano á la doctrina establecida anteriormente sobre la legitimacion, lográndose con ello el que se fijara de un modo estable la legislacion que hubiera de regir en esta parte, y que se considerara desde entonces aquel acto como uno de los medios de adquirir la pátria potestad, ora se hiciera por subsiguiente matrimonio, cuyo autor habia sido el emperador Constantino, ora

por oblacion á la curia que introdujo Teodosio el Joven, ora por rescripto del príncipe que añadió Justiniano.

Las naciones todas con muy raras escepciones, y aun hasta la misma Iglesia, admitieron en sus Códigos la legislacion de los romanos, siendo entre ellas la España la que con mas rigor ha seguido este pensamiento, como puede cualquiera convencerse con solo consultar los títulos XIII, XIV y XV de la Part. 4.^a

El no haberse formado en tiempos posteriores el mismo juicio acerca del concubinato; el no ser idéntico al de los romanos el sistema de administracion de nuestro reino, y la necesidad de hacer algunas aclaraciones sobre derechos que aquellos concedieron á esta institucion, dieron lugar, no solamente á la nueva calificacion que se dió á los hijos naturales, que tanta relacion tiene con este acto, sino tambien á que quedara sin uso el modo de legitimar por oblacion á la curia, desconocido ya en tiempo de Gregorio Lopez, como el mismo afirma, y á que se publicaran otras varias disposiciones relativas al modo de obtenerse la Real gracia de la legitimacion, y á los derechos que esta hubiera de producir, como pueden verse en las leyes 11 y 12 de Toro; en la 5.^a y 6.^a, tit. v, y 7.^a, tit. xx, lib. x, Novísima Recopilacion; en la dada en Córtes en 14 de Abril de 1838; juntamente con la instruccion de 19 del mismo mes, y últimamente, en la ley de enjuiciamiento civil, que ha producido una alteracion en cuanto á la práctica de las diligencias para el obtento de las dispensas de ley, prescindiendo de otras varias Reales órdenes y decretos, cuya doctrina esplanaremos en sus respectivos lugares.

Tal es, en breves palabras, la historia acerca del origen de la legitimacion, y la clase de documentos en donde encontraremos la legislacion que sobre ella rige: solo falta que examinemos en general su utilidad.

Utilidad de la legitimacion.

La circunstancia de hallarse tan generalmente admitida la legitimacion entre las naciones, es de por sí un argumento muy poderoso en defensa de esta institucion; pero además tenemos razones que la confirman.

En efecto, por la legitimacion se colocan los hijos en estado

de recibir una mejor educación, y de adquirir estos mas estima entre sus conciudadanos; logran igualmente los padres reparar sus faltas, haciéndose dignos del honroso título que les distingue, y halla la sociedad un medio de obtener la reparacion del mal que se causó á las costumbres públicas: razones todas que, aunque ligeramente insinuadas, atendiendo á la brevedad y al carácter peculiar de esta obra, deben ser bastantes para convencernos de la utilidad de la legitimacion.

Veamos ya qué hijos pueden hacerse dignos de esta gracia.

§. III.

Clase de hijos que pueden legitimarse.

Para saber qué hijos pueden legitimarse nos parece muy propio hacer una clasificacion general de todos ellos, y al mismo tiempo advertir que bajo la palabra *hijos*, en la que se comprenden tambien las *hijas* mientras no las escluya la ley, entendemos *los descendientes de una persona en primer grado*; aunque en un sentido mas lato se dé este nombre á todos los descendientes sin limitacion, de lo cual dan testimonio las leyes 84, 201 y 220 del tit. xvi, lib. I del Digesto.

Esto supuesto, dividiremos primero los hijos en *legítimos* é *ilegítimos*.

Se llaman **LEGÍTIMOS** *los nacidos de matrimonio legítimo; y aun tambien los que han nacido de matrimonio putativo, durante la buena fe de los padres, ó de solo alguno de ellos*. Así consta de la doctrina que emitimos al hablar de los efectos civiles del matrimonio con respecto á los hijos, para lo cual puede verse el párrafo ix de la leccion 7.^a

En esta clase deben igualmente considerarse los *hijos espósitos*, segun lo declaró así la ley 4.^a, tit. xxxvi, lib. vii, Novis. Recop., si bien ha de entenderse esta ley en cuanto á los efectos civiles, y no en cuanto á los puramente eclesiásticos, como son, por ejemplo, el obtento de Beneficios, la recepcion de Ordenes, etc., segun afirma el Ferraris en su Biblioteca canónica en la palabra *Irregularitas*.

Los demás hijos fuera de los espresados, ó los nacidos fuera de matrimonio, se llaman *ilegítimos*, los cuales se dividen generalmente en *naturales* y *espúreos*.

Se llaman *hijos naturales*, segun el derecho romano, al que con muy pocas diferencias siguieron las Partidas, *los nacidos de muger concubina que fuese única y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre, siendo los dos solteros y sin impedimento alguno para casarse al tiempo en que fueren concebidos los hijos.* Leyes 10 y 11, tit. XXVI, lib. v, del Código, y 1.^a, tit. xv, Part. 4.^a

Mas, segun la ley 11 de Toro, se llaman **NATURALES** los *hijos nacidos de padres que al tiempo de la concepcion ó del parto pueden casarse justamente sin dispensa, con tal que el padre los reconozca por suyos, aun cuando no haya tenido la muger de quien los engendró en su casa, ni sea una sola.*

Por estas dos definiciones que acabamos de dar se ve fácilmente la diferencia entre la calificacion de *hijos naturales*, segun las leyes romanas y de Partidas, y la que consta de las leyes de Toro.

Por las primeras, la madre debia ser concubina ó barragana y vivir con el concubinario: por las segundas no es necesaria esta circunstancia; pero se exige en su lugar el reconocimiento de la prole por su padre.

Por las primeras, no habian de tener los padres impedimento alguno para casarse al tiempo de la concepcion del hijo: por las segundas, se señala uno de los dos tiempos, que son el de la concepcion ó el del parto.

Finalmente, por la ley de Toro quedó corregida la legislacion que autorizaba el concubinato; pero se complicó mucho mas esta, dando lugar á doctrinas que son contrarias al buen sentido y á la moral, pues segun ella, puede un hijo concebido en adulterio llegar á tener la consideracion de *hijo natural*, como interpretan los autores, si al tiempo del parto se hallaban ya libres los padres para casarse: cuando, por el contrario se tiene por *espúreo*, al tenor de esta ley, el hijo habido de personas parientes en grado prohibido para el matrimonio, solo porque en ningun tiempo pueden casarse los padres sin dispensa.

Afortunadamente esta segunda parte de la ley se halla ya corregida ó por mejor decir está ya derogada, habiéndose declarado que los hijos habidos de parientes colaterales puedan ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres, obte-

nido que fuere la dispensa del parentesco; como así consta por las Reales Cédulas de 6 de Julio de 1803 y de 11 de Enero de 1837, que inserta integras el Sr. Escriche en su Diccionario de legislacion.

No es fácil resolver la primera parte, y de aquí la diversidad que se nota en los escritores acerca de la verdadera inteligencia de la ley 11 de Toro. A nosotros nos parece que el hijo concebido en adulterio, aun en el supuesto de hallarse libres sus padres para casarse al tiempo del parto, ni puede trasformarse en *hijo natural*, como se infiere de la ley 2.^a, tít. xv, Part. 4.^a, ni mucho menos hacerse apto para ser legitimado por subsiguiente matrimonio, en razon á que la ley 11 de Toro no derogó la cualidad de haber de ser solteros los padres, que exigian las leyes romanas y de Partidas, como afirma Gregorio Lopez en su glosa 1.^a de la ley 1.^a del título y Partida citada sino que solo suprimió la necesidad de haber de ser concubina la madre y de haber de vivir en casa del padre, que era otro de los requisitos designados por estas para que el hijo nacido fuera del matrimonio se considerara como natural; y no espúreo segun consta de la ley 1.^a, tít. xv Partida 4.^a

Todas estas cuestiones se evitarian si se adoptase la calificación de *hijos naturales* que da el nuevo Código, diciendo que *son los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo en que aquellos fueron concebidos podian casarse, aunque con dispensa* (1); pero mientras no se adopte esta legislacion, debemos estar á la doctrina antes emitida.

Pasando al exámen de la otra clase de hijos ilegítimos, se llaman *espúreos* ó *extra puritatem iuris naturæ*, segun dice Gregorio Lopez, *los nacidos fuera de matrimonio de padres que no podian casarse entre sí, ni al tiempo de la concepcion ni al del parto*.

Así los califica el derecho canónico, con el cual concuerda el derecho romano, segun es de ver por la ley 23, tít. x, libro 1 del Digesto, y aun en cierto modo puede decirse que conviene tambien con él la legislacion de Partidas, en la que, al declarar en la ley 3.^a, tít. xiv, Part. 4.^a, que el hijo *espúreo* es lo mismo que *fornechino*, encontramos que la palabra *forne-*

(1) Art. 118.

cino quiere decir tanto como nacido de *adulterio*, *incesto* ó *monja*, segun espresa la ley 1.^a, tit. xv, Part. 4.^a

Finalmente, esta misma significacion es la que aparece tambien de la ley 11 de Toro; y de aquí la division de los hijos espúreos en *adulterinos*, *incestuosos* y *sacrílegos*, á los cuales pueden añadirse los designados con el nombre de *manceres* por las Partidas.

Se llaman hijos *adulterinos* en general *los habidos de adulterio*, como los define la ley 1.^a, tit. xv, Part. 4.^a, pero como la 1.^a, tit. xvii, Part. 7.^a, al dar la definicion del *adulterio* dice que es *el acceso de un hombre con muger casada*, parece que segun esta ley solo hayan de ser adulterinos los hijos habidos de esta clase de ayuntamiento, no obstante que la ley 2.^a, tit. xv, Part. 4.^a, llama *fechos en adulterio* á los hijos habidos de un casado y una barragana.

El derecho canónico presenta esta materia con mas claridad, pues atendiendo á que, segun el Evangelio, se exige igual fidelidad en el marido que en la muger, califica como adulterio, tanto al acceso de un soltero ó viudo con una casada, como el de una soltera ó viuda con un casado, como el de hombre y muger al mismo tiempo casados: resultando de aquí que segun este derecho serán hijos adulterinos *los nacidos de personas ligadas ó á lo menos una, con el vínculo del matrimonio*, cuya calificacion se halla admitida ya en nuestro derecho pátrio, como se infiere de la Real orden de 25 de Octubre, de 1777, citada en la nota 1.^a al tit. xxviii, lib. xii, Novisima Recopilacion.

Sin embargo de ser esta la doctrina actualmente seguida, no por ello han de inferirse que son unos mismos los derechos de todos los hijos adulterinos, y para mejor determinarlos los dividiremos en dos clases, á saber: unos que se llaman *simplemente adulterinos*, que son *los nacidos de muger soltera ó viuda y hombre casado*, y otros *notos*, segun la ley 1.^a, título xv, Part. 4.^a, ó *hijos de dañado y punible ayuntamiento*, como los llama la ley 9.^a de Toro, que son: *los nacidos de muger casada, cualquiera que sea el estado del hombre*.

Hijos incestuosos, son: *los habidos de parienta*, segun la ley de Partidas últimamente citada; pero mas determinadamente, son: *los nacidos de personas que no pueden contraer*

matrimonio entre sí, por hallarse ligados con el vínculo de parentesco en los grados designados por la ley.

Estos hijos pueden dividirse en dos clases, á saber: en *nesarios* ó habidos entre ascendientes y descendientes, y simplemente *incestuosos* ó habidos entre parientes colaterales que no sean de primer grado.

Hijos sacrílegos, son: los habidos de personas que al tiempo de la concepcion estaban ligadas, al menos una, con el voto solemne de castidad, entendiéndose como tal el solemnizado por la profesion en una Religion aprobada, ó por la recepcion del orden sacro, segun se esplicó en el párrafo VIII de la leccion 6.^a

Si fueren concebidos antes de la profesion religiosa ó de la recepcion del orden sacro, y nacieron despues de estos actos, serán considerados como hijos naturales, por haber nacido de personas que al tiempo de la concepcion, siendo solteros, y sin ningun impedimento, podian casarse sin dispensa, que es uno de los requisitos que exige la ley 11 de Toro para que sean considerados como tales.

Finalmente, *hijos manceres*, son: los nacidos de una *ra-mera*, ó muger que se prostituye á todos, como dice la ley 1.^a, tit. xv, Part. 4.^a

En estos puede suceder que los padres no tengan impedimento para casarse; pero como prostituyéndose la madre á muchos hombres no es posible distinguir al que los ha procreado, no podrá verificarse su reconocimiento por el padre, que es otro de los requisitos que exige la ley 11 de Toro para que los hijos sean naturales.

De todas estas clases de hijos ilegítimos que hemos enumerado, solo pueden legitimarse los *naturales* segun la calificacion que les dá la ley citada de Toro. La razon es porque el fundamento de la legitimacion no es otro sino una ficcion del derecho, por la cual se supone que un hijo nació dentro del matrimonio; y como solo en el caso de ser los hijos naturales es en el que puede fingirse este enlace por no haber tenido los padres al tiempo de la concepcion ó del parto impedimento alguno para realizarlo, resulta que solo ellos son los que pueden legitimarse.

Una escepcion hay de esta regla á favor de los hijos sim-

plemente *incestuosos*, los cuales, segun se ha dicho, podrán tambien legitimarse por subsiguiente matrimonio si los padres obtuvieron dispensa para casarse y hubiere precedido el reconocimiento del padre del mismo modo que en los naturales.

Como en el nuevo Código se comprenden bajo los de esta clase los que arriba hemos mencionado, no hay, segun él, necesidad de proponer escepciones; pues teniendo como naturales á los que al tiempo de la concepcion puedan casarse sus padres, aunque con dispensa (1), ha quedado comprendida en una disposicion general lo que en la actualidad solo puede sostenerse en virtud de decreto especial, cual es el contenido en las dos Reales Cédulas antes citadas.

Mas como no basta saber que solo pueden legitimarse los *hijos naturales*, sino que además debe constarnos de los medios por los que puede conseguirse este resultado, de aquí la necesidad de haber de determinarse las clases de legitimacion y las diligencias que han de practicarse para su obtento.

§. IV.

Clases de legitimacion, cómo se consigue esta por el subsiguiente matrimonio, y sus efectos.

Por derecho romano son tres los modos de obtenerse la legitimacion, á saber: *por subsiguiente matrimonio; por rescripto del príncipe, y por oblacion á la curia*. Algunos intérpretes han pretendido descubrir además otro cuarto modo, el cual, segun ellos, se verificaba en el caso en que el padre en su testamento ú otro instrumento público diera á uno el nombre de *hijo*, y citan para ello el Capítulo II de la Novela LXXIV, y el II tambien de la CXVII.

Las leyes de Partidas adoptaron en todas sus partes esta legislacion, y de aquí el admitirse igualmente en ellas los mismos modos que por derecho romano se conocieron. Así consta en la ley 1.^a, tit. XIII, Part. 4.^a, con respecto á la legitimacion por subsiguiente matrimonio, y de las leyes 4.^a y siguientes del título XV de la misma Partida, con respecto á los otros modos antes espresados.

(1) Art. 118.

En la actualidad solo se conocen en rigor dos de ellos, á saber: *por el subsiguiente matrimonio* y *por el rescripto del Rey*: en razon de haber caido en desuso el que segun derecho romano se verificaba *por oblacion á la curia*, ó *por ofrecer el padre á su hijo al servicio de Côte, Rey, Emperador ó Concejo de Ciudad*, segun se espresan las leyes 5.^a y 8.^a, título xv, Part. 4.^a, y haber de considerarse el cuarto modo, que algunos fundaron en las Novelas arriba citadas, y relativamente á nuestro derecho, en las leyes 6.^a y 7.^a del último título y Partida mencionada, mas bien como una prueba de la legitimidad del hijo que una verdadera legitimacion, segun lo demuestra Gregorio Lopez en su glosa 7.^a á la ley 7.^a del mismo título y Partida.

De los dos modos actualmente admitidos en España, el mas frecuente es el de la legitimacion *por subsiguiente matrimonio*, del cual interesa saber cómo se verifica.

Cómo se verifica la legitimacion por subsiguiente matrimonio.

Esta legitimacion se obtiene, segun la ley 1.^a, tít. XIII, Partida 4.^a, cuando el padre, estando libre y habiendo tenido hijos de una concubina, ó tambien aun careciendo la muger de esta cualidad, segun la ley 11 de Toro, se casare con ella, con tal que antes de la celebracion del matrimonio ó en el acto de celebrarlo los reconociera, como añade muy oportunamente el nuevo Código (1).

Si este matrimonio ha de ser el verdadero, ó basta el putativo, es cuestion muy debatida entre los jurisconsultos. A nosotros, sin embargo, nos parece que tambien por el matrimonio putativo pueden ser legitimados los hijos reputados por *naturales*, cuya doctrina admite tambien el nuevo Código (2).

La razon es, porque aun cuando la actual legislacion solo atribuye á esta union, si se ha contraido de buena fe, el efecto de considerarse legítimos los hijos que nacieron de ella, y nada se espresa en la misma acerca de poderse legitimar los hijos habidos antes de la celebracion de este matrimonio, que es el

(1) Art. 119.

(2) Art. 93.

argumento principal de que se valen los contrarios, no obstante, como las leyes por otra parte igualan al matrimonio verdadero con el putativo, atribuyendo á este los mismos efectos civiles que al primero, tanto en favor de los cónyuges como en favor de sus hijos, debemos inferir que siendo uno de los efectos civiles del matrimonio verdadero el poderse legitimar los hijos naturales habidos antes de su celebracion, lo debe ser tambien del putativo.

Aunque seguimos esta opinion como mas conforme con las leyes, no por ello admitimos la de aquellos que sostienen que puedan legitimarse los hijos concebidos de adulterio cuando uno de los padres ignorando de buena fé que era casado el otro al tiempo de su trato ilícito, se casara despues con él en el caso de haber quedado libre por la muerte de su consorte.

Nos fundamos para ello en que las leyes canónicas y de Partidas, declaran en términos absolutos que los hijos concebidos de adulterio no pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio, por considerarse tales hijos como *espúreos*, segun consta en el capitulo 6.º, tit. xvii, lib. iv, Decr. Greg. IX y confirma la ley 2.ª, título xv, Part. 4.ª y como por ignorar uno de los adúlteros al tiempo de su trato ilícito que el otro era casado, no deja de ser adulterina la prole que se hubiera tenido, de aqui el que no pueda admitirse esta opinion. Además que en este caso, no existe un matrimonio putativo que sirva como de título para que haya de considerarse este hecho con los mismos efectos que los espresados en el caso anterior.

Prescindiendo de estas y otras opiniones que omitimos por la brevedad, lo que no tiene duda es, que verificado el matrimonio entre los padres de quienes fueron habidos los hijos que llamamos hoy día *naturales*, quedan por el mismo derecho legitimados, sin que sirva de obstáculo el haber existido otro matrimonio intermedio antes de celebrarse el que da lugar á la legitimacion, como sostiene Gregorio Lopez en la glosa 9.ª á la ley 1.ª, título xiii, Part. 4.ª, con otros varios intérpretes; ni que sea necesario el que se celebre viviendo aun los hijos naturales, porque en tal caso aprovechará á los descendientes que estos hubieren dejado, segun enseña Antonio Gomez, comentando la ley 12 de Toro (1).

(1) Art. 121.

Con lo dicho hasta aquí queda manifestado, aunque en términos generales, cuanto contribuye para saber lo que dispone el derecho y esplican los comentadores acerca del modo de obtenerse la legitimacion por el subsiguiente matrimonio; veamos cuáles son sus efectos.

Efectos de esta legitimacion.

Estos pueden comprenderse fácilmente con solo advertir que la ley considera al hijo así legitimado con los mismos derechos y obligaciones que si hubiere nacido dentro del matrimonio, segun consta de la ley 1.^a, tit. XIII, Part. 4.^a (1); siendo tan general esta disposicion, que aun cuando en un llamamiento á la sucesion de un vínculo ó mayorazgo se dijera que habian de suceder los hijos procreados y nacidos de legitimo matrimonio, se entenderian tambien llamados los legitimados por este medio, como afirma Gregorio Lopez en la glosa 10 á la ley 2.^a, tit. xv, Part. 2.^a; si bien deberia interpretarse este derecho únicamente desde que se contrajo el matrimonio, y no desde el tiempo de su nacimiento, segun se colige de la ley 1.^a, tit. XIII, Part. 4.^a, y de la glosa á la misma del citado autor.

Si esta legitimacion no pudiera conseguirse, las leyes conceden al Rey que pueda dispensar esta gracia, y por lo mismo interesa saber cuándo tiene esta lugar.

§. V.

Cuándo tiene lugar la legitimacion por rescripto del Rey, y cómo se obtiene.

Aun cuando la legitimacion por subsiguiente matrimonio es la mas natural, sin embargo, la que se hace por rescripto del Rey puede ser tambien muy útil, y considerarse como subsidiaria de aquella. Así lo ha reconocido nuestro derecho; y de aquí el establecer por punto general que el Rey puede conceder esta gracia, como consta de las leyes 17, tit. vi, lib. III del Fuero Real; 4.^a, tit. xv, Part. 4.^a, y últimamente, de la dada en Córtes en 14 de Abril de 1838. Mas para que tenga esta

(1) Art. 120.

lugar es necesario que concurren ciertas circunstancias, y que se practiquen además las diligencias que la citada ley de Cortes prescribe.

Circunstancias para obtenerse la legitimacion por rescripto del Rey.

Tres son las circunstancias que han de concurrir para que tenga lugar esta legitimacion, y son:

- 1.^a Que los hijos sean *naturales*.
- 2.^a Que el padre no tenga hijos legítimos.
- 3.^a Que se halle este imposibilitado de casarse con la madre de quien tuvo los hijos naturales.

Con respecto á la primera circunstancia, no faltan autores de derecho que sostienen, que no solo los hijos naturales, sino tambien cualquier otro hijo ilegítimo podrá legitimarse por rescripto del Rey; fundándose en que la distincion entre hijos legítimos é ilegítimos proviene de la ley civil, y que por consiguiente no debe haber inconveniente en que el legislador pueda modificar las leyes que la establecen. En confirmacion de su opinion, citan la Real Cédula de 21 de Diciembre de 1800 sobre gracias al sacar, la cual supone que pueden legitimarse los demás ilegítimos, como los hijos de clérigos, de casados, y de caballeros de orden profesos; puesto que se fija en ella el servicio pecuniario con que ha de contribuirse por la legitimacion de cada una de las clases espresadas.

A nosotros, sin embargo, nos parece que, aunque así se haya practicado en algun tiempo, en la actualidad ya no puede admitirse esta doctrina, en razon de que la ley de 14 de Abril de 1838, á la que hoy dia debemos atenernos en esta materia, solo concede al Rey la facultad para resolver las instancias sobre legitimaciones de *hijos naturales* segun los ha calificado la ley 11 de Toro; y como el poder ejecutivo, atendido el actual sistema de gobierno, no puede en los casos de ley atribuirse mas facultades que las que el poder legislativo concede, no apareciendo en la citada ley de 1838 otra autorizacion que la espresada, es consiguiente el que no pueda el poder ejecutivo conceder dispensas relativamente á legitimaciones de hijos espúreos; mayormente cuando en el Real decreto de 5 de Agosto de 1818, que es el que hoy dia rige respecto á la cantidad que ha

de abonarse por la concesion de ciertas gracias, ya no se mencionan en él los hijos de clérigos, ni de casados, ni de otros á quienes se referia la Real Cédula de 21 de Diciembre de 1800.

Mas si, atendido el rigorismo de la ley, no hay facultades en el poder ejecutivo para legitimar á los hijos espúreos, no por eso queda privado el Rey de la facultad de conceder á los mismos algunas habilitaciones especiales, ó para tener oficios y gozar de honras de que por su nacimiento quedan escluidos, ó para usar del apellido de su padre ó de las armas de la familia de este, ó para cualquiera otra gracia semejante, como por servicios muy distinguidos consta que se han obtenido. Véase en confirmacion de esta doctrina el Auto 9.^o, tit. vi, lib. 1 de la Nueva Recopilacion.

En cuanto á la segunda circunstancia, tambien sostienen algunos que el Rey puede conceder la legitimacion de los ilegítimos, teniendo el padre hijos legítimos; pero esta doctrina tampoco puede admitirse por ser contraria á nuestras leyes, entre las cuales puede citarse la 5.^a, tit. vi, lib. iii del Fuero Real, como lo demuestra Gregorio Lopez en sus glosas 2.^a á la ley 36, tit. xviii, Part. 3.^a, y 3.^a á la ley 32, tit. ix, Part. 6.^a

Lo que no admite duda alguna es, que si despues de legitimados los hijos ilegítimos por rescripto del Rey, le naciera al padre algun hijo legítimo, si bien no podrán aquellos heredar por testamento ni *ab intestado* á sus padres y demás ascendientes juntamente con el hijo legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio; pero sí que podrán recibir el quinto de los bienes que les dejaren sus padres, y concurrir además con los hijos legítimos en la sucesion de los parientes colaterales, como igualmente gozar de las honras y preeminencias de que gozaren los legítimos.

Así lo ha declarado la ley 12 de Toro, conciliando las leyes 5.^a, tit. vi, lib. iii, y 1.^a y 7.^a, tit. xxi, lib. iv del Fuero Real, que anulaban todos los efectos de la legitimacion, con la 9.^a, tit. xv, Part. 4.^a, que los dejaba subsistentes.

Finalmente, con respecto á la tercera circunstancia, hay que observar que, aun cuando no existe en nuestro derecho ninguna disposicion terminante sobre ello, sin embargo, se halla de tal modo admitida en la práctica, que si puede el padre verificar el matrimonio con la madre de quien hubo el hijo natu-

ral, no se le concede regularmente esta gracia; y aun concedida no produciria ningun efecto esta legitimacion si al otorgarla el Rey no lo declarara espresamente, como enseñan Gregorio Lopez en la glosa 8.^a á la ley 4.^a, tit. xv, Part. 4.^a, y Tello, Molina y Llamas en sus comentarios á la ley 12 de Toro.

Diligencias para el obtento de esta clase de legitimacion.

El segundo punto que hemos de considerar se refiere á las diligencias que han de practicarse con el fin de obtener la Real gracia de la legitimacion.

Esta la debe solicitar el padre, segun la ley 4.^a, tit. xv, Part. 4.^a, obteniendo antes el consentimiento del hijo si se halla en edad para prestarlo, el cual si fuere impúber podrá en llegando á la pubertad reclamar contra ella; entendiéndose que se conforma cuando así no lo verificase.

No obstante, si hubiera muerto el padre, podrá pedir el hijo su legitimacion; pero para ello deberá acreditar que su padre no dejó hijos legítimos, que le instituyó heredero, y que en vida manifestó deseos de legitimarle como espresa la ley 6.^a, tit. xv, Part. 4.^a Tambien podrá pedirla el hijo en vida de su padre, y aun contra la voluntad de este; si bien entonces no conseguirá derecho alguno á la herencia, y si solo el poder gozar de la consideracion de legítimo en la sociedad.

Mas cualquiera que sea la persona que la pida, para conseguir esta dispensa de ley debe dirigir una esposicion documentada á S. M. por conducto de la audiencia territorial, en la cual se haga constar: 1.^o el nacimiento de tal hijo fuera del matrimonio: 2.^o la cualidad de ser de la clase de los *naturales* con arreglo á lo que espresa la ley 11 de Toro; y 3.^o que los padres de quienes procede carecen de hijos legítimos.

A esta esposicion ha de acompañarse otra solicitud dirigida al mismo Tribunal para que le dé el curso correspondiente, segun así está prevenido por Real orden de 19 de Abril de 1838.

En su vista la Audiencia la dirigirá al Gobierno, y si S. M. tuviere por conveniente admitirla, mandará que se comuniqué á dicho Tribunal una Real orden para que, tomando conocimiento sobre la certeza de los extremos que se refieren en la esposicion, informe acerca de su utilidad. Recibida que sea esta

orden, se trasladará al juez de primera instancia del domicilio de aquel que hubiere hecho la solicitud, á fin de que haciéndoselo saber á este, suministre la informacion que se requiera sobre los hechos que en la misma se previenen, como así lo disponen los artículos 1335, 1336 y 1337 de la ley de enjuiciamiento.

Dada la informacion en los términos prescritos en los artículos 1338, 1339 y 1340, y desde 1345 al 1349, se entregará al promotor fiscal para que emita por escrito el juicio sobre ella, y verificado que sea, con espresion terminante de si se halla acreditado el conocimiento de los testigos con arreglo á esta ley, consignará el juez su dictámen sobre la misma informacion, y remitirá el expediente á su superior inmediato. La Audiencia, despues de oir al fiscal, consignará tambien su dictámen en el expediente, y lo remitirá al Gobierno para su resolucion. Artículos 1341, 1342, 1343 y 1344.

Llegado este al Gobierno, y no presentándose ningun obstáculo, concede S. M. la gracia de la legitimacion, mandando que se espida el correspondiente titulo ó diploma; y para lo cual deberá antes el interesado hacer el pago del servicio señalado en el Real decreto de 5 de Agosto de 1818, que es como sigue: de 200 ducados si la legitimacion fuere para heredar; de 150 si para oficios públicos que exijan este requisito, y de 100 si lo fuere solo para un oficio determinado. De estos pagos no podrá dispensar el Gobierno sin autorizacion de las Córtes, segun dispone la ley de 14 de Abril de 1838.

Obtenida esta gracia, se producen por ella varios efectos que espondremos á continuacion.

§. VI.

Efectos que produce la legitimacion por rescripto del Rey.

Antes de manifestar los efectos que produce esta legitimacion, se hace preciso observar que ella solo sirve para los efectos civiles, porque en cuanto á los espirituales ó canónicos, como, por ejemplo, para el obtento de dignidades y beneficios eclesiásticos ó para ascender á las sagradas órdenes, es necesario que intervenga la autoridad del romano Pontífice ó de los Obispos, segun que se tratare, ó de la recepcion de órdenes mayores, y

adquisición de dignidades, magistraturas eclesiásticas y beneficios curados, que entonces pertenece al Papa su dispensa, ó del obtento de beneficios simples y de recibir las órdenes menores, que entonces basta la autoridad del Obispo. Capítulos I y II, tit. XI, lib. I del Sexto de las Decretales. Ley 4.^a, tit. XV, Partida 4.^a

Esto supuesto, y limitándonos á los efectos civiles, los que produce esta legitimación son los siguientes:

1.º El adquirirse la patria potestad, según manifestamos en el párrafo VII de la lección 4.^a

2.º El de ser admitidos á la sucesión de sus padres, tanto testada como intestada, con esclusión de los ascendientes; entendiéndose solo en el caso de no haber hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio; pues, si los hubiere, no podrán suceder juntamente con ellos, aunque hubieran sido legitimados para heredar, salvo en el quinto que les mandaren, como dispone la ley 7.^a, tit. XX, lib. X, Novís. Recop.

Algunos escritores, como Covarrubias, Matienzo, Gómez y otros, fundados en un supuesto que sienta esta ley, sostienen que solo tendrán este derecho cuando se concediera la legitimación con la cláusula de heredar; pero como el objeto de la ley citada no fué decidir si era ó no necesaria esta circunstancia, sino solo declarar que la legitimación por gracia del Rey, aunque lo fuera con dicha cláusula, no dá derecho á la sucesión de los padres juntamente con los hijos legítimos, creemos que aun sin ella se producirá el mismo derecho, mientras no contenga alguna otra determinación que restrinja este segundo efecto.

3.º El de concurrir con los hijos legítimos en la sucesión de los colaterales, y gozar de las honras y preeminencias como si hubieran nacido de legítimo matrimonio, según dispone la citada ley 7.^a de la Novísima Recopilación.

Tales son los efectos que produce la legitimación por rescripto del Rey; habiendo sido derogada la ley 9.^a, tit. XV, Partida 4.^a, en la parte que concede á los legitimados por Real gracia el derecho á heredar á sus padres juntamente con los legítimos, pero quedando subsistente en cuanto al derecho de gozar de las honras y preeminencias que esta ley ya les concedía.

Con lo dicho nos parece que podrá comprenderse lo mas principal de nuestra actual legislación acerca de la legitimación

y sus efectos: mas como pudiera confundirse este acto con el *reconocimiento de hijos*, daremos una breve idea de él, expresando el modo cómo se verifica, y sus efectos.

§. VII.

Qué se entiende por **RECONOCIMIENTO DE HIJOS**, cómo se verifica, y sus efectos.

Se entiende por **RECONOCIMIENTO DE HIJOS** *el acto por el cual declara el padre que ha tenido tal hijo fuera del matrimonio, y que le reconoce por suyo.*

Por derecho romano y legislacion de las Partidas no era necesaria la condicion del reconocimiento de hijos naturales, puesto que, exigiéndose en la madre la cualidad de concubina, presumia la ley que el hijo que habia nacido de ella lo era tambien del concubinario. Modificóse esta legislacion por las leyes de Toro al disponer que no era necesaria en la madre dicha cualidad, y desde entonces quedó constituida en su lugar la necesidad del *reconocimiento*, por no haber otro medio mas directo que este acto para acreditar la filiacion natural (1).

Este puede hacerse, ó por voluntad de los padres, ó por sentencia judicial (2).

El primero se ha de hacer constar, ó en la partida de bautismo del hijo, ó en escritura pública ó privada ante testigos, ó en el testamento que el padre otorgare (3). Así se infiere de las leyes 5.^a y 7.^a, tit. xv, Part. 4.^a; las cuales, aunque no hablan precisamente de dicho acto, sino de la legitimacion que, segun las mismas, podia tambien obtenerse por estos medios, sin embargo, como en la actualidad no existen ya otros que el subsiguiente matrimonio y el rescripto del Rey, parece que puedan aplicarse á lo que hoy dia llamamos *reconocimiento de hijos naturales*.

En la actualidad, ni aun estos medios son absolutamente necesarios para hacer constar la voluntad del padre de reconocer á uno por hijo suyo, pues basta el reconocimiento tácito ó

(1) Art. 119.

(3) Art. 124.

(2) Artículos 122 y 131.

que se acredite por hechos y conjeturas, segun así lo declaró el Tribunal supremo de justicia por sentencia publicada en 8 de Octubre de 1753, inserta en la Coleccion legislativa.

No deja de ser espuesto este medio por los muchos fraudes que pueden cometerse; pero el Tribunal se atuvo á razones de la ley para hacer esta declaracion, como consta de sus considerandos.

El segundo modo tiene lugar en los delitos de estupro, violacion y rapto, en los cuales, probados que sean, se obligará al reo al reconocimiento de la prole, si la hubo, al tenor de los artículos 363, 364, 366 y 372 del Código penal, supliendo la sentencia el reconocimiento cuando el reo se negara á hacerlo; ó sirviendo, como dice el nuevo Código civil, la declaracion de la paternidad ó maternidad que á instancia de los interesados podrán decretar los tribunales, cuando la época de dichos delitos coincida con la de la concepcion, por presumirse con razon ser la prole del que los cometió (1).

Solo nos falta advertir que como, segun el Código penal, solo hay lugar al reconocimiento si la calidad del origen de la prole no lo impidiere, nos parece, y así lo establece el nuevo Código (2), que si de una sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido como natural procedia de union adulterina, ó incestuosa no dispensable por la Iglesia, ó sacrilega, que entonces sea nulo el reconocimiento, sin perjuicio del derecho del hijo á los alimentos.

Por cualquiera de estos dos modos que se verifique, si no fuere impugnado por las personas que tuvieran interés en ello, no podrá ya revocarse el reconocimiento, y adquiere el hijo por él los derechos siguientes:

1.º El de llevar el apellido del que le reconozca, ora sea el padre ó la madre, ó el de los dos si fuere reconocido de acuerdo de ambos.

2.º El de ser alimentado en los mismos términos que si fuera hijo legitimo, segun dispone la ley 5.ª, tít. XIX, Part. 4.ª; pero con la obligacion en este de dar alimentos á sus padres en

(1) Art. 131.

(2) Art. 132.

caso necesario, por ser recíproco este deber, como se espresó en la regla 6.^a del párrafo iv, lección 4.^a

3.^o El de ser heredero forzoso de la madre, tanto por testamento como *ab intestato*, á falta de hijos legítimos y de legitimados por subsiguiente matrimonio, y el poder ser instituido por el padre en el mismo caso, aunque tenga este ascendientes legítimos, como disponen las leyes 5.^a y 6.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

4.^o El de suceder al padre, muriendo intestado sin dejar hijos legítimos, en la sexta parte de la herencia, que deberá partir con su madre natural, segun las leyes 8.^a y 9.^a, título xiii, Part. 6.^a; y á falta de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado, sucederle en toda la herencia, como ordenó la ley de 16 de Mayo de 1835.

Al tratar de las herencias estenderemos mas estas ideas, bastando lo dicho para comprender en qué consista el reconocimiento de hijos, el cual, aunque convenga con la legitimacion en alguno de sus efectos, sin embargo, es mucha la distancia que hay entre estos dos actos, y muy particularmente por ser solo la legitimacion uno de los medios por los que se adquiere la patria potestad, del mismo modo que lo es el *prohijamiento ó adopcion*, de la cual trataremos en la seccion siguiente.

SECCION SEGUNDA.

Del prohiamiento ó adopcion en general.

Resúmen.

§. I. Razones por qué ha de usarse en este lugar de la palabra *prohiamiento*, naturaleza de esta institucion, y su utilidad.—§. II. Sus especies.—§. III. Requisitos para poder prohiar.—§. IV. Modo cómo se verifica el prohiamiento por adopcion.—§. V. Efectos que produce este.—§. VI. Cómo se verifica el prohiamiento por arrogacion.—§. VII. Sus efectos.—§. VIII. Disposiciones que han de tenerse presente para prohiar á los niños espósitos.

§. I.

Ventajas que ofrece el uso de la palabra PROHIAMIENTO, cómo se define, y si presta alguna utilidad.

Aunque, segun el lenguaje usado en las escuelas, es mas bien la palabra *adopcion* que la de *prohiamiento* la que sirve para denotar otro de los modos por los cuales se adquiere la patria potestad, sin embargo, atendiendo á qué, segun las leyes de Partidas, de donde tomamos la doctrina que rige en esta materia, se halla usada con mas frecuencia esta última, y considerando que la palabra *adopcion* no es la mas propia para designar las dos especies que comprende, por tener que usar de los connotados de *adopcion in genere* y de *in specie* para determinar sus diferentes significados, hemos creido conveniente valernos de la palabra *prohiamiento* para significar la adopcion en su sentido mas lato, y reservar el nombre simplemente de *adopcion* para denotar una de sus especies.

Bajo este supuesto, se entiende por *prohiamiento*, segun la ley 1.^a, tit. xvi, Part. 4.^a, una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los homes ser fijos de otros, maguer no lo sean naturalmente; ó mas determinadamente el acto por el cual, con autoridad del Rey ó del juez, tomamos por hijos á los que no son por naturaleza, como se expresa la ley 7.^a, tit. vii, Part. 4.^a

No todos han formado un mismo juicio acerca de la utilidad de esta institucion. Algunos la consideran como muy ventajosa á la sociedad, porque además de procurar un bien á los que se ven sin descendencia, cual es el de encontrar en los estraños los servicios y consuelo que pudieran prometerse de los hijos, si los hubieren tenido, contribuye al socorro de las clases pobres y al de los huérfanos sin amparo, proporcionándoles un medio para mejorar su suerte y ser útiles al Estado.

Mas otros, por el contrario, la tienen como perjudicial, porque con ella se debilitan los vínculos y relaciones naturales, y quedan burladas las esperanzas legítimas de los parientes del adoptante, que una buena legislacion debe respetar.

A nosotros nos parece que el autorizar esta institucion puede conducir á sentimientos de humanidad y beneficencia, y esta circunstancia nos decide á considerarla de grande utilidad. Verdad es que rara vez se verifica en el dia una adopcion formal; pero de ello no debe inferirse que sea esta esencialmente defectuosa, sino el que no existen, ó que no ocurren tan frecuentemente los motivos que obligaron á muchos pueblos antiguos á hacer un uso tan general de esta institucion.

Como quiera que sea, nuestra legislacion actual la autoriza, segun consta por las leyes de los títulos VII, y XVI, Part. 4.^a, y por las de los títulos VI, lib. III, y XXII, lib. IV del Fuero Real; siendo tambien una prueba en su favor el hallarse admitida en el proyecto del nuevo Código (1), aunque con las modificaciones que la esperiencia ha hecho necesarias para evitar los daños que temen los que se oponen á ella.

Visto ya, pues, en qué consiste el *prohijamiento*, y manifestado el juicio que tenemos formado de su utilidad, pasaremos á determinar sus especies y sus diferencias características.

§. II.

Especies de prohijamiento, y sus diferencias.

En dos clases puede generalmente dividirse el prohijamiento,

(1) Artículos 133 al 141.

á saber: uno, al que daremos simplemente el nombre de *adopcion*, y otro, que distinguiremos con el de *arrogacion*.

Se entiende por *ADOPCION una especie de prohiamiento por el cual tomamos con autorizacion del juez por hijo al que es naturalmente de otro y se halla bajo su poder*, como espresa la ley 7.^a, tít. VII, Part. 4.^a

En esta clase de prohiamiento no se producen siempre unos mismos derechos, segun es de ver por las leyes 9.^a y 10, título XVI, Part. 4.^a, y para que con facilidad pudieran determinarse se introdujo en las escuelas la division de la *adopcion* en *plena ó perfecta*, y *semplena ó imperfecta*. Mas esta division, si bien puede tener lugar siguiendo el espíritu de las leyes citadas, no así segun la ley 1.^a, tít. XXII, lib. IV del Fuero Real, por la que no permitiéndose adoptar al que tenga hijos ó nietos legítimos, como establece igualmente el nuevo Código (1), debe estar por demás la calificacion de *adopcion plena*, que, segun la citada ley del Fuero, no puede ya verificarse.

Sin embargo, como el uso la ha admitido en las escuelas, nos haremos tambien cargo de la mencionada division; entendiendo por *adopcion PLENA la que hace un ascendiente respecto de un descendiente*, y por la *SEMPIENA la hecha en favor de un extraño ó de un pariente no descendiente del adoptante*.

La otra clase de prohiamiento, segun se ha dicho, es el que se conoce con el nombre de *arrogacion*, la cual no es mas que *el acto por el que recibimos como hijo al que no tiene padre carnal, ó si lo tiene ha salido de su poder*. Ley 7.^a, título VII, Part. 4.^a

Diferencias entre la *adopcion* y la *arrogacion*.

Por las definiciones que acabamos de dar aparecen desde luego las diferencias entre la *adopcion* y la *arrogacion*; pero para su mayor claridad las espresaremos con separacion, y son las siguientes:

1.^a En que por la *adopcion* se prohijan los hijos de familia ó que están bajo el poder paterno, y por la *arrogacion* los

(1) Art. 134.

huérfanos de padre y los hijos que por cualquier causa de las que luego espresaremos no están bajo de su poder.

2.^a En que para la *adopcion* no es necesario el consentimiento espreso del adoptado, y podrá tener lugar aun en los infantes; pero para la *arrogacion* es necesario dicho consentimiento, y ha de ser el prohijado al menos mayor de los siete años.

3.^a En que para la *adopcion* basta siempre la aprobacion del juez, y para la *arrogacion* se necesita algunas veces la aprobacion ó concesion Real, como en los tres casos siguientes:

Primero, cuando fuese arrogado un mayor de siete años y menor de catorce, segun establece la ley 4.^a, tit. XVI Part. 4.^a

Segundo, cuando el tutor ó el curador quisieran arrogar á los que hubieren tenido en su guarda, lo cual solo se les permite despues de haber llegado estos á la edad de los veinticinco años, como espresa la ley 6.^a, id.

Tercero, cuando lo pidiere la muger en el caso de haber perdido algun hijo en la guerra, sirviendo al Rey ó á la patria. Ley 2.^a, id.

De cada uno de estos prohijamientos trataremos en los párrafos siguientes, en los que manifestaremos los modos cómo se verifican y los efectos que producen, designando antes como materia comun á las dos clases los requisitos necesarios para que tengan lugar, juntamente con los principios que determinan las personas que pueden adoptar.

§. III.

Principios para determinar las personas que pueden ó no adoptar.

La definicion que hemos dado del *prohijamiento* con arreglo á las leyes de Partidas, nos demuestra que este acto no debe considerarse sino como una ficcion legal; y como toda ficcion ha de imitar en lo posible aquello que representa, debemos concluir que los que no pueden ser padres por naturaleza, ó los que, aun pudiendo serlo, no pueden conferir al adoptado los derechos de hijo legítimo, no deben ser tampoco padres por la *adopcion*.

Además, segun hemos advertido en el párrafo 1, esta insti-

tucion se introdujo para procurar un bien á los que no tienen descendencia; luego teniendo uno hijos legítimos, no debe permitirsele el que adquiriera otros por adopcion.

Fundado en estos principios, declara nuestro derecho, como puede verse por las leyes del tit. xvi, Part. 4.^a, y las del título xxii, lib. iv del Fuero Real, que solo pueden adoptar los que reunan los requisitos siguientes:

1.^o Ser varones, no pudiéndolo hacer las mugeres sino en el caso de haber perdido algun hijo en la guerra, y precediendo el otorgamiento del Rey, como disponen las leyes 2.^a, tit. xvi, Part. 4.^a, y la 4.^a, tit. xxii, Fuero Real.

2.^o Haber salido de la patria potestad, segun previene la ley de Partidas citada; por no parecer propio que sean padres por la adopcion los que se hallan bajo el poder de sus padres naturales, á semejanza de lo que por las leyes de Toro se observa en el matrimonio en que tambien se creyó procedente que adquiriéndose por este acto la patria potestad, debian por el mismo hecho quedar los hijos que se casaren libres de ella.

3.^o Esceder al adoptado en 18 años de edad, y no tener impotencia natural para engendrar, aunque la tengan por accidente, como por enfermedad, fuerza, etc., segun espresan las leyes 2.^a y 3.^a, tit. xvi, Part. 4.^a; puesto que, creando la adopcion relaciones de paternidad y filiacion entre adoptante y adoptado, es consiguiente el haber de existir la causa por la que pueda razonablemente suponerse que uno es padre de otro, como explica la ley 2.^a, tit. xxii, Fuero Real.

4.^o Ser de buena conducta y tener algunos bienes de fortuna, ó ejercer alguna profesion ó industria medianamente lucrativa, segun se deduce de la ley 4.^a del título y Partida citada; por no ser justo entregar á las personas en manos de los que no son capaces para conducir las por el camino de la virtud, ó que no pueden mejorarles su suerte.

5.^o No haber sido tutores de las personas que se desean adoptar, como establece la ley 6.^a, id., porque podria sospecharse que lo hacian por no dar cuentas de la tutela, ó para ocultar mas fácilmente algun fraude. Sin embargo, si los que estuvieron bajo tutela ó curatela hubieren llegado á la mayor edad, podrán los que fueron sus tutores ó curadores adoptar-

los, previa la autorizacion Real, segun dispone la última ley citada.

6.º No tener hijos, y hallarse en la edad en que no se espera prole, como previenen las leyes 4.ª, tit. xvi, Part. 4.ª, y 1.ª, tit. xxii, lib. iv, Fuero Real; pues de otro modo no corresponderia la adopcion al objeto de su institucion, que es el consuelo de los que no tienen hijos, ó que regularmente no los suelen tener.

7.º Finalmente, no ser clérigos de órden sacro, ni religiosos profesos, segun la ley 3.ª, tit. xxii, lib. iv, Fuero Real; sin duda por ser muy impropio que la ley diera hijos á los que por su estado se les prohíbe tenerlos, si bien en algunos casos lo permite dicha ley, precediendo la autorizacion Real.

Reuniendo las personas estos requisitos, así como, segun el nuevo Código, los que en él se espresan (1), podrán adoptar aun cuando estuvieren casadas, con tal que obtengan la autorizacion correspondiente y observen lo que las leyes prescriben, tanto en cuanto á la forma de la adopcion como en la de la arrogacion.

§. IV.

Modo cómo se verifica el prohijamiento por adopcion.

Antes de manifestar el modo cómo se verifica la adopcion, conviene tener presente que para que esta tenga lugar es necesario, además de la aptitud en el adoptante ó de hallarse con las cualidades espresadas en el párrafo anterior, el que concurren los requisitos siguientes:

1.º Que el padre legítimo del que ha de ser adoptado consienta en ella, por no parecer justo que su hijo pase á la potestad de otro sin su consentimiento.

2.º Que el hijo no lo contradiga, hallándose en edad para poderlo manifestar; pero si no tuviese la edad suficiente para ello, bastará solo el consentimiento del padre.

3.º Que intervenga la autoridad del juez para su aprobacion.

4.º Que se otorgue escritura pública de este acto.

Bajo este supuesto se presentará ante todo un pedimento al

(1) Artículos 133 hasta el 137.

juez de primera instancia del domicilio del adoptando, á nombre del adoptante, en el que, manifestando ambos las causas que les mueven á efectuar la adopción, que habrán de justificarse debidamente para que aparezca desde luego la utilidad que por este acto ha de reportar el adoptando, pedirán que, previas las diligencias necesarias y admitiéndoles sumaria informacion de lo alegado, si no acompañaron documentos con que comprobarlo, se les conceda la autorizacion que solicitan para proceder el otorgamiento de la *escritura de adopción*, interponiendo su autoridad el juzgado para su mayor firmeza.

El juez en su vista mandará que se suministre la sumaria ofrecida, y resultando de ella la certeza de las causas alegadas, hará comparecer ante sí al adoptando, y su padre natural y al adoptante; y despues de explorado su consentimiento, y no resultando oposicion de las personas interesadas en el asunto, dictará providencia accediendo á la adopción, ordenando que se otorgue la correspondiente escritura, cuyo contenido aparece en el formulario que presenta la ley 91, tit. xviii, Part. 3.ª, y además que se unan los autos al protocolo para que se incorporen en las copias ó traslados que se dieren, al tenor de lo prescrito en la ley 1.ª, tit. xxiii, lib. x, Novis. Recop., que trata del libro protocolo y modo de dar las copias á las partes.

Hecho esto, pasa el adoptado á poder del adoptante, y se producen por ello varios efectos, que espresaremos á continuacion.

§. V.

Efectos que produce la adopción.

Para determinar debidamente los efectos que produce la adopción, se hace preciso no confundir la hecha por un ascendiente, á la cual llamamos *adopción plena*, con la hecha por un extraño ó pariente no ascendiente del adoptado, la cual se llama *semiplena*, segun ya se ha manifestado.

Con respecto á la *adopción plena*, su principal efecto es el adquirir el adoptante la patria potestad sobre el adoptado; pues en virtud de ella entra este en todos los derechos que el hijo tendria en los bienes de su padre natural, tanto para ser educado y alimentado con ellos, como tambien para heredarlos por testamento y *ab intestato*, no solo por causa de la adopción,

sino por razon del parentesco, segun dispone la ley 10, tít. xvi, Part. 4.^a

Mas como por las leyes de Toro se hicieron algunas modificaciones en el derecho que las Partidas concedieron á los hijos adoptivos y legitimados por rescripto del Rey para heredar á los que les habian adoptado ó legitimado en esta forma, en tanto podrá admitirse hoy dia el derecho de heredar los adoptados con *adopcion plena* á sus ascendientes, en cuanto no tengan estos descendientes de grado mas inmediato; de modo que si un abuelo adoptare á su nieto, no podrá este, viviendo su padre, heredar los bienes del que le adoptó sino solo en la quinta parte, ó en el tercio que por vía de mejora le hubiere dejado, segun se deduce de las leyes 2.^a y 7.^a, tít. xx, lib. x, Novísima Recopilacion.

Si la adopcion fuera *semiplena*, aunque no se le trasfiere al adoptante la pátria potestad, sin embargo, si muriere este sin testamento y no tuviere otros hijos, tendrá derecho el adoptado á heredar los bienes del que le adoptó, como establecen las leyes 9.^a, tít. xvi, Part. 4.^a, y 1.^a, tít. xxii, lib. iv, Fuero Real.

Nada mas espresan las dos leyes últimamente citadas; pero del contesto de ellas, combinado con las leyes 1.^a y 7.^a, título xx, lib. x, Novís. Recop., puede inferirse claramente la doctrina que en esta materia ha de seguirse con arreglo á las mismas, la cual queda reducida á los extremos siguientes:

1.^o Que el adoptado por un extraño ó pariente no ascendiente no es heredero forzoso por testamento del adoptante; porque la ley 9.^a del título y Partida citada solo dice que le heredará *ab intestato*, y por lo mismo podrá el adoptante aunque no tenga descendientes dejar de nombrarle heredero por testamento.

2.^o Que solo heredará *ab intestato* cuando no tuviere el adoptante hijos legítimos ó *de bendicion*, como espresa la ley 1.^a, tít. xxii, lib. iv, Fuero Real, corrigiendo la ley 9.^a de Partidas ya citada, que le concedia aun en este caso una parte en la herencia.

3.^o Que como las referidas leyes solo escluyen al adoptado de la herencia intestada cuando el adoptante tuviere hijos legítimos, parece que haya de inferirse, atendido el contexto de

dichas leyes, que no teniendo hijos ha de suceder en ella, aunque el adoptante tuviera ascendientes.

Sin embargo, como por la ley 1.^a, tít. xx, lib. x, Novísima Recopilacion, los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus descendientes en caso que estos no tengan hijos ó descendientes legítimos, resulta, que no considerándose el adoptado como hijo legítimo, no podrá, según la citada ley recopilada, heredar cuando el adoptante tuviere ascendientes, y si únicamente en defecto de estos con preferencia á los colaterales, según resuelven generalmente los autores, entre los cuales citaremos al Sr. La Serna.

Sería de desear que cuanto antes desapareciera la oscuridad que se nota en esta parte de nuestra legislacion, mayormente cuando, despues de la última ley de sucesion intestada de 16 de Mayo de 1835, ni aun puede admitirse esta doctrina en los términos que la proponen los autores á que nos referimos, en razon de que, establecida la série de personas que han de suceder en los dos órdenes de descendientes y ascendientes, y admitidos desde luego en defecto de estos á los colaterales, no hay lugar donde colocar á los adoptados, por mas que de las combinaciones de las leyes recopiladas con las de las Partidas y Fuero Real se les dé el que antes hemos indicado.

Además, cualquiera puede comprender que son sin comparacion mucho mayores las relaciones que tiene un hijo natural con su padre, que las de un adoptado con su adoptante; y cuando al hijo natural le posterga dicha ley en la sucesion intestada á los colaterales hasta el cuarto grado, ¿habíamos de dar preferencia á los adoptados sobre estos, y aun sobre el mismo hijo natural?

Estas breves reflexiones nos hacen desear mas una aclaracion terminante sobre esta materia, la cual podia espresarse en los términos en que la propone el nuevo Código, cuando, al hablar de los efectos de la adopcion, los reduce: á poder usar del apellido de la familia del que le adopte si se consignare en la escritura de adopcion, y á deberse recíprocamente alimentos; pero no á heredarse sin testamento (1), como enseñan generalmente los autores en el modo que lo hemos explicado.

(1) Arts. 140 y 141.

Como quiera que sea, lo cierto es que los derechos que se deducen en favor del adoptado, segun las leyes de Partidas, Fuero Real y Recopiladas, cesarán cuando, con razon ó sin ella, le sacase el adoptante de su poder, como consta de la ley 8.^a, tít. xvi, Part. 4.^a, que dice que en tal caso *non heredará ninguna cosa de aquel que le porfijó*. Si la adopcion fuese *plena*, se perderá además la patria potestad, y quedará otra vez el prohiado bajo la potestad de su padre natural, segun dispone la ley 10, id.; conservando solamente el derecho que por razon del parentesco tiene para heredar al ascendiente que le adoptó.

Con lo dicho nos parece haber cumplido en lo que nos habiamos propuesto manifestar relativamente al modo cómo se verifica la adopcion y sus efectos. Veamos á continuacion lo que ha de practicarse para la arrogacion.

§. VI.

Cómo se verifica la arrogacion.

Antes de determinar el modo cómo se verifica la arrogacion, se hace preciso observar que para que esta tenga lugar son necesarios ciertos requisitos, que, segun la ley 4.^a, tít. xvi, Part. 4.^a, son los siguientes:

1.^o Que la persona que ha de ser arrogada se halle fuera de la patria potestad, aunque viva su padre natural.

2.^o Que consienta espresamente en la arrogacion, para lo cual ha de ser mayor de siete años, por ser esta una edad en que se le supone al sugeto con alguna capacidad para entender y consentir exactos de esta clase.

3.^o Que siendo mayor de siete años y menor de catorce, se haga con otorgamiento del Rey, si bien algunos autores lo exigen en todos los casos, á pesar de que la ley solo lo concreta á los de esta edad.

4.^o Que el arrogador dé caucion de que devolverá los mismos bienes al arrogado cuando salga de su poder, si fuere entonces mayor de catorce años, ó á los herederos *ab intestato* si muriere antes de esta edad.

Supuestos estos requisitos, si la arrogacion fuese de un menor de catorce años y mayor de siete, como en este caso es

sin disputa el Rey quien la debe autorizar, segun espresa la ley 4.^a del título y Partida citada, se instruirán las diligencias en los mismos términos que los que dejamos espuestos al tratar en el párrafo y de la seccion anterior del modo cómo se obtiene la legitimacion por rescripto Real; pues aun cuando la ley de 14 de Abril de 1838 no incluye la arrogacion entre las gracias al sacar, sin embargo, como para otorgarla el Rey ha de proceder con conocimiento de causa, parece muy regular que estén justificados los extremos que han de hacerse constar; y ningun medio mas propio que el que se instruyan las diligencias para este acto en los términos allí propuestos.

Además, como la Real gracia en este caso es una dispensa de la ley que prohibe que se haga la arrogacion sin este requisito, es consiguiente que, hallándose determinadas en la ley de enjuiciamiento civil las diligencias que han de practicarse para recibir las informaciones para dispensa de ley, se observen ellas igualmente en la arrogacion, aun cuando la ley de 14 de Abril de 1838 no la incluya entre las gracias al sacar.

Hecha, pues, la informacion con arreglo á lo manifestado en el párrafo v citado, y llegada ya al Rey la solicitud ó instancia justificada, si accede á ella concederá la licencia ó rescripto para que se lleve á efecto; siendo uno de los requisitos el haberse de otorgar la correspondiente escritura pública de este acto, en la que se hará una reseña del espediente copiándose íntegra la Real gracia, y espresando además la obligacion juntamente con la caucion de devolver los mismos bienes al arrogado, en la forma arriba manifestada.

Si la arrogacion fuese de un mayor de catorce años, nos parece, segun la ley 4.^a, tít. xvi, Part. 4.^a, no ser necesaria la autorizacion Real; y por lo mismo se instruirán las diligencias ante el juez de primera instancia en los mismos términos que los indicados en el párrafo iv al tratar del modo cómo se verifica la adopcion, con la sola diferencia que el pedimento se presenta á nombre solo del arrogador, y que, si el arrogado fuere menor de veinticinco años y no tuviere curador, se le ha de nombrar uno para que le represente en dichas diligencias.

Obtenida la autorizacion judicial para este acto, se otorgará escritura pública, insertándose en ella las cláusulas que dicen relacion á ella, al tenor de lo propuesto para el caso ante-

rior; escepto en lo que fuere propio de este acto; siendo muy conveniente en uno y otro que se forme un inventario de los bienes del arrogado, á fin de que en todo tiempo puedan constar los que hubiere recibido el arrogador, y quede á cubierto su responsabilidad si se le hicieren algunas reclamaciones. Hecho esto, se constituye el arrogado bajo el poder del que le arrogó, y se producen además otros efectos que espresaremos á continuacion.

§. VII.

Efectos de la arrogacion.

Los efectos que produce la arrogacion, son los siguientes:

1.º El producirse por ella un impedimento dirimente del matrimonio, en los términos manifestados en el párrafo vii de la leccion 6.ª, lo cual ha de entenderse igualmente en caso de adopcion, como establecen las leyes 7.ª y 8.ª, tit. vii, Partida 4.ª

2.º El pasar el arrogado á la patria potestad del arrogador, segun espresa la ley 7.ª, tit. xvi de esta Partida; escepto si fuere muger la que arrogó, por no ser capaz ella de este derecho, cualquiera que sea la clase de adopcion.

3.º El gozar el arrogador del usufructo de los bienes del arrogado, mientras le tuviere en su poder; como consta de la ley 8.ª de este mismo titulo y Partida.

4.º El suceder el arrogado por testamento y *ab intestato* al arrogador, quando este no tuviere descendientes ni ascendientes; pues teniéndolos, solo podrá dejárseles la parte libre de que puede disponer, segun así se deduce de las leyes 4.ª, tit. xvi, Part. 4.ª, y 4.ª, tit. xxii, lib. iv, Fuero Real, combinadas con la 1.ª, y 7.ª, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.: lo cual ha de entenderse sin perjuicio de lo que sobre este mismo punto se dijo en el párrafo v.

De todos estos efectos, si esceptuamos el referido en el número 1.º, que continúa aun disuelta la adopcion en los casos que espresan las leyes 7.ª y 8.ª, tit. vii, Part. 4.ª y manifestamos nosotros en el párrafo vii de la leccion 6.ª, los demás cesan absolutamente si el arrogador sacase de su poder al arrogado por alguna de las causas que espresa la ley 7.ª, tit. xvi,

Part. 4.^a, á saber: 1.^a, por haber recibido de este alguna ofensa grave: 2.^a, por haber sido instituido heredero con la condicion de que el arrogador le sacase de su poder.

Existiendo cualquiera de estas dos causas, y probadas en juicio, podrá libremente el arrogador, sin incurrir por ello en ninguna pena, sacar al arrogado de su potestad, devolviéndole todos sus bienes, como espresa dicha ley; pero si sin mediar ninguna causa justa le despidiere, ó si por ventura le desheredase sin justo motivo, no solo deberá restituírle todos sus bienes con las ganancias que produjeron, salvo el usufructo que hubiere lucrado mientras le tuvo en su poder, sino que además tendrá derecho el arrogado á sucederle en la cuarta parte de sus bienes, segun dispone la ley 8.^a, id.; si bien esto último ha de entenderse en el caso que el arrogador no tuviese descendientes legítimos, porque entonces solo podrá suceder en la quinta parte de sus bienes, que es la que en lugar de la cuarta habrá de dársele por via de alimentos, como se deduce de la ley 7.^a, tít. xx, lib. x, Novís. Recop.

Con lo dicho podrá comprenderse, aunque en términos generales, cuanto dispone nuestro derecho acerca del tercer modo por el cual se adquiere la pátria potestad. Mas como pudiera creerse que estos mismos efectos se producen igualmente en el caso de ser espósitos los adoptados, diremos por conclusion lo que hay dispuesto sobre esta clase de prohijamiento.

§. VIII.

Disposiciones acerca del prohijamiento de los espósitos.

Además del prohijamiento de que hemos tratado, existe otro relativamente á los niños espósitos recogidos en las casas de maternidad, y á los huérfanos que se hallen en los establecimientos de beneficencia, el cual se gobierna por leyes especiales, pero sin que se produzcan los derechos que son propios del primero.

Las leyes antiguas, entre las cuales pueden citarse la 3.^a, tít. xx, Part. 4.^a; la 35, tít. xii, y la 35, tít. xiv, Part. 5.^a, solo nos dicen que aquel que criare á un espósito, ó huérfano, ó á otro cualquiera por causa de piedad, no adquiere por ello derecho alguno sobre él ni sobre sus bienes, y que ni aun pueda pedirle

los gastos de su crianza, á no ser que desde el principio manifestase que los queria cobrar; ó que siendo muger, y queriéndose despues casar con ella él ó alguno de sus hijos, lo contradijere esta ó sus padres, si los tuviere; pero en cambio disponen dichas leyes que el espósito por su parte esté obligado á respetar y honrar como padre á aquel que le hubiere recogido.

Mas como esta paternidad que mencionan las leyes citadas no conocia otro fundamento que los oficios de padre que ejercia la persona que se habia movido á prestar este acto de piedad, empezaron las leyes posteriores, y en especial la de 6 de Febrero de 1822, restablecida en 8 de Setiembre de 1836, y la de 20 de Junio de 1849, á dar alguna formalidad á este acto, dictando al efecto varias disposiciones para el caso en que alguno quisiera prohijar á los recogidos y mantenidos en los establecimientos públicos de beneficencia, las cuales son las siguientes:

1.^a Que los espósitos incluidos en las casas de maternidad, no siendo reclamados por sus padres naturales, puedan ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad para mantenerlos, á discrecion de las Juntas municipales y provinciales de beneficencia; pero sin que este prohijamiento produzca mas efecto que el que determinen las leyes.

2.^a Que las Juntas cuiden de que á los prohijados les sean guardados todos sus derechos, volviéndolos á tomar bajo su amparo en caso que por cualquier motivo no fuese beneficiosa la prohijacion á los que la solicitaron.

3.^a Que aun despues de prohijados, si los reclamaren sus padres naturales, hayan de ser devueltos á ellos, concertándose antes con el probijante, é interviniendo las Juntas sobre el modo y forma cómo haya de ser indemnizado este de los gastos hechos en su crianza.

Tales son las disposiciones que relativamente al acto del prohijamiento de los niños espósitos encontramos en los artículos 65, 66 y 68 del reglamento para la aplicacion de la ley de 8 de Setiembre de 1836, la cual como en lo perteneciente á los efectos que este pueda producir, se refiere á lo que las leyes civiles determinen, y en estas no aparecen otros sino los que en general nos presentan las leyes de Partidas arriba citadas, debemos inferir que fuera de ellos, ni se crean derechos de sucesion,

ni se produce impedimento para contraer matrimonio, ni tampoco se adquiere la patria potestad, que son los principales efectos que producen las otras clases de prohijamiento.

Con estas observaciones queda terminado el exámen sobre los modos cómo se adquiere la patria potestad. El orden pide que veamos los modos cómo se acaba, de los cuales trataremos en la leccion siguiente.

LECCION DÉCIMA.

DE LOS MODOS DE SALIR LOS HIJOS DE LA

PATRIA POTESTAD.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Modos en general de acabarse la patria potestad.—§. III. Explicacion de los casos en que se acaba esta por la muerte natural y por la profesion religiosa.—§. IV. Qué clase de dignidades son á las que, ascendiendo el hijo, le libran de este poder.—§. V. Observaciones sobre el modo de acabarse por el matrimonio y por la adopcion.—§. VI. Naturaleza de la emancipacion, y modo cómo ha de obtenerse para salir por ella los hijos de la patria potestad.—§. VII. Casos en que esta se pierde ó se suspende.

§. I.

Razon del método.

Concluido el exámen acerca de los tres modos por los cuales se adquiere la patria potestad, como el egercicio de este derecho es personal, y está fundado principalmente en la debilidad del hijo para atender á su persona y bienes, y en la indemnizacion y recompensa que este debe á su padre por los grandes beneficios que de él consigue, parecia muy propio que faltando por alguna causa la razon de estas consideraciones, hubiera de cesar este estado de dependencia civil en que se halla constituido el hijo por las leyes, y quedara libre, ó en aptitud competente para poder administrar de por sí sus bienes, y celebrar todos los actos y contratos en la sociedad sin necesidad del consentimiento de su padre.

Con este motivo, despues de haber manifestado cuál sea la naturaleza de la patria potestad y los modos cómo se adquiere, el órden pide que tratemos de los modos por los cuales, ó se acaba esta, ó se pierde, ó se suspende; siguiendo en esta parte el pensamiento del nuevo Código en cuanto al órden que ha adoptado para determinar los casos en que cesan los efectos de la patria potestad, el cual puede tambien aplicarse á nuestra

legislacion actual, como lo haremos nosotros en la leccion presente.

§. II.

Modos en general cómo se acaba la patria potestad, segun el órden espresado.

Antes de manifestar los modos cómo se acaba la patria potestad, será muy conveniente explicar el sentido de las frases *acabar*, *perder* y *suspenderse este derecho*, á fin de que con claridad aparezcan luego despues determinados los casos en que los hijos se libran de este poder.

Se dice que *se acaba la patria potestad* cuando sin hecho alguno culpable por parte del padre las leyes ponen fin á ella, señalando al efecto ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir.

Decimos que *se pierde* cuando la ley, por motivos en que aparece culpabilidad de parte del padre en el cumplimiento de sus deberes para con el hijo, dispone que quede privado de la patria potestad.

Finalmente, se dice que *se suspende* cuando por razon de alguna incapacidad no la pueda el padre egercer, ó por haber sido sentenciado á una pena que lleve consigo la de suspension de este derecho.

Siguiendo este mismo órden, trataremos de los modos de salir los hijos de la patria potestad, ó bien para siempre, como se verifica en los dos primeros modos espresados, ó bien solo temporalmente, ó mientras dure la incapacidad ó impedimento para poderla egercer.

Empezando por los modos cómo se *acaba* la patria potestad, los actos por los cuales puede verificarse son los siguientes:

- 1.º Por la muerte natural del padre ó del hijo.
- 2.º Por la profesion religiosa de los dos, ó de uno de ellos.
- 3.º Por ciertas dignidades á que ascendiere el hijo.
- 4.º Por contraer éste matrimonio, ó por haber sido pro-hijado por la adopcion plena.
- 5.º Por sacarle el padre de su poder, á cuyo acto damos únicamente el nombre de *emancipacion*.

En cada uno de los actos espresados se hace preciso tener

presente algunas consideraciones, las cuales serán objeto de los párrafos siguientes.

§. III.

Esplicacion de los modos de acabarse la patria potestad por la muerte natural, ó por la profesion religiosa del padre ó del hijo.

Como la muerte concluye con todos los derechos puramente personales, ó que por la ley no son capaces de trasmitirse á los herederos ó sucesores de aquel que los obtenia, con razon es contada ella entre los modos de acabarse la patria potestad.

Por derecho romano y legislacion de Partidas no siempre por la muerte del padre se acababa este poder, porque no saliendo los hijos entonces de la patria potestad por el matrimonio que hubieran contraido, continuaban ellos, como igualmente los hijos que les nacieren, en la potestad del abuelo: por manera que, segun aquella legislacion, para que por la muerte del padre se acabase la patria potestad era necesario que hubiera salido primero él de este poder, como espresa la ley 1.^a, título XVIII, Part. 4.^a

Segun la legislacion actual, solo en el caso de adopcion plena es como puede verificarse que un hijo, teniendo padre, se halle constituido bajo la potestad del abuelo; viniendo á resultar, aunque por distintas consideraciones, que todavia puede suceder, como en el caso citado, el que por muerte natural del padre no salga el hijo de la patria potestad, por estar sujeto en este concepto al abuelo, que la adquirió por el título espresado.

Fuera de este caso no está ya admitido entre nosotros que el abuelo conserve la patria potestad sobre sus nietos, en atencion á que los hijos salen hoy dia del poder de sus padres por el matrimonio legítimo que contraigan, ya sea verdadero ó putativo; y se hacen aptos al mismo tiempo para adquirir esta potestad sobre los hijos que tuvieren, como disponen las leyes 3.^a, tít. v, lib. x, Novis. Recop., y 4.^a, tít. XVII, Part. 4.^a

El otro modo de acabarse la patria potestad es por la profesion religiosa. La razon de ello es porque por la profesion renuncian los que la hicieren á los bienes temporales, al matrimonio y á su libertad, y se consideran en los actos civiles muertos para el mundo, como espresa la ley 10, tít. II, Par-

tida 3.^a, y lo confirman las palabras de que usan las leyes 2.^a tít. vii, Part. 1.^a, y 17, tít. xx, lib. x, Novís. Recop.

Atendiendo á la referida consideracion, es porque las leyes les prohiben espresamente ser tutores, como dispone la ley 14, tít. xvi, Part. 6.^a: ser jueces, procuradores, estar en juicio para responder de las deudas contraidas antes de su profesion; segun las leyes 4.^a, tít. iv; 5.^a, tít. v, y 10, tít. ii, Part. 3.^a, ser fiadores, como consta de la ley 2.^a, tít. xii, Part. 5.^a: además de otras prohibiciones de que haremos mencion en sus respectivos lugares: y atendiendo tambien nosotros á dicha consideracion, es porque hemos sentado que por la profesion religiosa ha de acabarse la patria potestad, aun cuando no haya ley que espresamente lo establezca, sin duda por no ser muy comun abrazar el estado religioso las personas en quienes concurra la circunstancia de tener hijos bajo su poder.

Finalmente, nos parece oportuno añadir en este lugar que como la ley solo garantiza los derechos civiles y políticos de todos los españoles segun su estado, mientras conserven ellos el carácter de tales, es consiguiente que en los casos en que se pierda la nacionalidad con arreglo á la actual Constitucion, se haya de acabar tambien la patria potestad, en la forma en que la establecen nuestras leyes, por ser en este sentido otro de los derechos civiles que gozan los súbditos de nuestra nacion.

Hemos incluido en un mismo párrafo los dos primeros modos de acabarse la patria potestad por la relacion que existe entre las causas que producen este efecto.

No sucede lo mismo son los otros modos que hemos espresado, y de aquí el tratarse de cada uno de ellos con separacion, como lo haremos con el que se refiere al obtento de ciertas dignidades que será la materia del párrafo siguiente.

§. IV.

Qué dignidades son á las que, ascendiendo el hijo, le libran de la patria potestad.

El ascender el hijo á cierta clase de dignidades ó cargos públicos, es otro título por el que se acaba la patria potestad.

Así lo establecieron las leyes romanas, concediendo este privilegio á los primeros ministros del príncipe, por no parecer propio que se sujetasen al poder de un particular los que el

mismo emperador tenia en lugar de padres. Estendióse luego despues el mismo privilegio á los que ascendieran al episcopado, por considerarse estas personas por su carácter pastoral como unos padres espirituales; y de igual honor disfrutaron varios magistrados, como los cónsules, los prefectos pretorianos, los prefectos de ciudad, los generales del ejército y los patronos del fisco, segun es de ver por la Novela 81.

La legislacion de Partidas adoptó esta misma doctrina, designando al efecto doce dignidades ó cargos públicos que libran al que los obtiene de la pátria potestad, segun consta de las leyes 7.^a y siguientes, tít XVIII, Part. 4.^a; pero como en el dia se hallan trasformados casi todos los cargos que mencionan estas leyes en otros nuevos acomodados al actual sistema de nuestra administracion política, civil y judicial, no nos podrá servir de norma el título con que se les designa para saber cuáles son las dignidades por las que, segun la legislacion vigente, se acaba la pátria potestad.

Sin embargo, como los títulos de que hacen mencion las citadas leyes de Partidas todos van dirigidos á aquellas dignidades ó cargos que constituyen al que los obtiene jefe de algun distrito ó de algun ramo de administracion pública, tanto eclesiástica como civil y militar, podemos sentar como principio para determinar la clase de dignidades que libran al hijo de la pátria potestad, que son todas aquellas á las cuales va unida, ó la jurisdiccion ó la administracion de rentas públicas, ó algun cargo honorífico cerca de la persona de S. M.; pero sin que por ello dejemos de consultar las citadas leyes, para averiguar en caso de duda, si hay alguna equivalencia entre el actual cargo y los que en ellas se designan.

A pesar del principio sentado, todavía pueden suscitarse algunas cuestiones sobre este punto.

Una de ellas es, sobre si los hijos que han ascendido á las Sagradas Ordenes ó han profesado en una Religion aprobada, se libran de la pátria potestad aun antes de haber obtenido algun cargo eclesiástico al que vaya anexa la jurisdiccion, la cual no tenemos inconveniente en resolver en sentido afirmativo, fundándonos para ello en que si por la ley 47 de Toro los hijos casados y velados salen de la pátria potestad, con mucha mayor razon deben quedar libres de este poder los clérigos de

orden sacro y los religiosos profesos, por ser mucho mas perfecto el matrimonio espiritual que se contrae en este caso, que el matrimonio carnal al que se refiere la citada ley, no obstante las diversas cuestiones que se han promovido sobre su inteligencia, como haremos ver á continuacion.

§. V.

Observaciones sobre el modo de acabarse la patria potestad por el matrimonio y por la adopcion.

El matrimonio legítimo, segun hoy dia es considerado, es otro de los modos de acabarse la patria potestad, como consta de la ley 47 de Toro, ó sea la 3.^a, tít. v, lib. x, Novisima Recopilacion. Mas, sin embargo de ser este el pensamiento de la ley, las palabras con que ella se espresa han dado lugar á varias cuestiones: y á fin de que estas desaparezcan, esplicaremos su significacion.

Todos convienen en que el matrimonio, con arreglo á la ley de Toro citada, es una de las causas por las que salen los hijos de la patria potestad; pero la circunstancia de haber usado la ley para espresar este efecto de las palabras: *El hijo, ó hija casado Y VELADO, sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre*, y no acompañar siempre el rito de la velacion á todos los matrimonios celebrados ante la Iglesia en la forma prescrita por el Concilio de Trento, ha sugerido la idea á muchos intérpretes del derecho de considerar tan necesario el requisito de la velacion en el matrimonio que contraigan los hijos, que sin él no admiten que estos puedan salir de la patria potestad.

Los que así discurren, olvidan que el objeto de la ley fué el evitar indirectamente ó hacer mas raros los matrimonios clandestinos, que en aquellos tiempos se tenian por válidos, escitando por este medio á los hijos á que contrajeran sus enlaces públicamente ante la Iglesia.

Mas, como por omitirse las velaciones, ó en el acto, por razon del tiempo en que se celebraren, ó absolutamente, por no corresponder esta ceremonia cuando los dos contrayentes ó por lo menos la muger fuese viuda, no por ello se considera el matrimonio como clandestino, que es el que deseaba evitar la

ley de Toro, deduciremos con fundamento que, aun cuando esta haya usado de la palabra *velado* al declarar al matrimonio como causa para salir los hijos de la patria potestad, no por ello ha de considerarse que sea necesario este rito; pues aun sin él en los casos que no corresponda, será legítimo y público el matrimonio que se celebre ante la Iglesia, que es lo que se propuso la ley determinar.

Que este sea el verdadero sentido de la palabra *velado*, aparece de la ley 49 de Toro, ó 5.^a, tit. II, lib. X, Novísima Recopilacion; la cual, insiguiendo en su propósito de evitar los matrimonios clandestinos, no dice que el que se case sin la ceremonia de las velaciones haya de sufrir las penas que en ellas se indican, sino que se vale de las siguientes palabras: *Mandamos que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tiene por CLANDESTINO:: incurran en perdimiento, etc.*, y todos saben que la Iglesia solo reputa al matrimonio como clandestino en el caso que no se celebre con arreglo á la forma que prescribe el Concilio de Trento; pero no en el caso en que se omitan las velaciones por las causas antes espresadas: resultando por lo dicho que el matrimonio á que aludió la ley 47 de Toro con las palabras de *casado y velado* para el efecto de declarar que por él salgan los hijos de la patria potestad, es aquel que se considera legítimo en la Iglesia en los términos que hemos manifestado.

Tambien la adopcion *plena* es otro de los modos de acabarse la patria potestad, segun notamos en el párrafo II; pues por ella pasa el adoptado á la potestad del adoptante, como disponen las leyes 9.^a y 10, tit. XVI, Part. 4.^a; y por lo mismo es consiguiente que se acabe la que ejercia sobre él su padre natural.

A los modos hasta aquí esplicados, debe añadirse la circunstancia de poder el padre renunciar ó desprenderse de su potestad en favor de los hijos, como le permiten las leyes.

El acto por el que se hace constar así, se llama *emancipacion*, cuya naturaleza y efectos serán objeto del párrafo siguiente.

El último de los actos que hemos designado por el cual acaba la patria potestad, es la emancipacion.

Mas antes de determinar su naturaleza será conveniente observar que, aunque la palabra emancipacion pueda aplicarse en un sentido lato á todos los actos por los que salen los hijos del poder de su padre, que es sin duda el sentido que habrán tenido presente los escritores modernos, como el Sr. Laserna y otros, para formar las varias clases en que la dividen, sin embargo; en su acepcion propia y verdadera solo puede usarse para denotar la *dimision*, *renuncia* ó *abdication* que hace el padre de la potestad que tiene sobre el hijo. Asi lo entendió la legislacion romana al hacer uso de esta palabra, y así tambien lo ha comprendido la ley 15, tit. xviii, Part. 4.^a, en la que al definir la emancipacion, dice que es *otra manera SIN LAS QUE DIJIMOS DESUSO, porque salen los fijos del poder de sus padres.*

En este sentido, pues, es en el que la tomaremos nosotros, sin hacer uso de ella para otro acto que para denotar *aquel por el cual se desprende voluntariamente el padre de la patria potestad*, siguiendo en ello á las leyes de Partidas, que así lo quisieron dar á entender, como consta de la definicion que dieron de la *emancipacion*.

Disposiciones sobre el modo cómo esta se obtiene.

Para la publicidad y legitimidad de este acto establecieron-se sucesivamente en la legislacion romana cuatro modos ó formas de celebrarse, á saber: la antigua, que se hacia con los ritos de la mancipacion; la establecida por el emperador Anastasio, que se obtenia por rescripto del príncipe; la que instituyó Justiniano, la cual se verificaba ante cualquiera juez, y la designada por el emperador Leon, por la que bastaba cualquiera declaracion del padre, ó el permitir este que su hijo formase economia aparte, para que desde luego se tuviera por emancipado.

Las leyes de partida adoptaron la forma establecida por Justiniano, segun consta de las leyes 15 y 17, tit xviii, Part. 4.^a,

escepto cuando el hijo estuviera ausente ó fuera menor de siete años, que entonces habia de obtener antes el padre la licencia del Rey, y comunicarla despues al juez para llevar á efecto la emancipacion, la cual, aunque se tenia por cumplida por solo este acto, sin embargo, si recaia en un ausente mayor de siete años, debia á su regreso presentarse al juez y prestar por su parte el consentimiento, como dispone la ley 16 id.; cuya circunstancia, segun la glosa de Gregorio Lopez, no era necesaria cuando era infante el que se habia emancipado.

Observóse esta forma hasta el Rey Felipe V, el cual, viendo que se autorizaban emancipaciones sin justa causa, en daño del mismo padre y de los otros hijos de este, para evitar tales perjuicios mandó que las justicias ordinarias no declarasen ninguna emancipacion sin dar primero cuenta al Consejo Real, acompañando los instrumentos de su justificacion; y que de lo contrario fuese nula, como dispone la ley 4.^a, tit. v, lib. x, Novísima Recopilacion.

En la actual legislacion se halla contenido el mismo pensamiento que el que obligó á Felipe V á dictar esta disposicion. Así consta de la ley de 14 de Abril de 1838 y Real instruccion de 19 del mismo mes, en donde encontraremos la necesidad de haber de acudir á S. M. para obtener esta gracia y las diligencias que con este motivo han de practicarse, las cuales quedaron anotadas en el párrafo v, seccion 1.^a de la leccion anterior, si bien con las advertencias que hicimos en el párrafo vi de la seccion 2.^a de esta misma leccion, de haber de aplicar las disposiciones de la ley de enjuiciamiento civil sobre el modo de hacer la informacion justificativa de los hechos que se alegaren para su obtento, por no haber razon alguna para seguirse, en cuanto á las dispensas de gracias al sacar, una particular tramitacion; siendo así que unos mismos trámites eran los señalados por la instruccion de 19 de Abril de 1838 para toda clase de dispensas.

Llenados que sean, pues, todos los requisitos para la debida instruccion del espediente en los términos allí manifestados, lo remitirá la Audiencia al Gobierno, para que S. M. conceda la gracia de la emancipacion, si lo tiene por conveniente; y obtenido que sea el rescripto, previo el pago de derechos señalados por arancel, se reducirá este acto á escritura pública, que

otorgará el padre y deberá aceptar el hijo, espresándose en ella las circunstancias siguientes:

1.^a Una relacion de las causas que haya tenido el padre para emancipar á su hijo.

2.^a El haberse formado el correspondiente espediente á consecuencia del cual se obtuvo la Real gracia; advirtiendo que ésta ha de insertarse literalmente, pero no el espediente instruido para su obtento, que únicamente se hará constar por extracto.

3.^a En caso de que se haga entrega de bienes al hijo, el haberse de espresar si son de este ó de su padre, y siendo de este, indicar si se le han de imputar al hijo como legitima, ó como mejora.

4.^a El haber de manifestar el padre si cede al hijo todo el usufructo de su peculio adventicio, ó si se reserva la mitad que le concede la ley 15, tit. xviii, Part. 4.^a, en recompensa del favor que le dispensa, á diferencia de cuando sale el hijo de la pátria potestad por el matrimonio, que entonces adquiere todo el usufructo, segun la ley 48 de Toro, del mismo modo que cuando sale de este poder por apremio judicial.

Otorgada la escritura de emancipacion con las cláusulas referidas, además de las que se refieren á la aceptacion de parte del hijo queda este libre de la pátria potestad, no pudiéndosele obligar á que vuelva al poder de su padre á menos que sea ingrato con él, como dispone la ley 19, tit. xviii, Partida 4.^a

Lo dicho se entiende cuando el padre consiente voluntariamente en la emancipacion, porque si lo fuere en virtud de apremio judicial, no es necesaria entonces la autorizacion Real, sino que instruido el espediente ante el juez, y cerciorado este de la causa ó motivo que espone el hijo para que se le saque de su poder, mandará al padre que le emancipe, apremiándole á ello sino quisiere, y haciendo que se otorgue escritura pública de este acto, con insercion del espediente en que consta la causa por la que el juez decretó la emancipacion.

Las causas que dan lugar á esta providencia son todas aquellas por las cuales el derecho dispone que pierda por ellas el padre la pátria potestad, de las cuales, así como de los casos en que esta se suspende, trataremos en el párrafo siguiente.

Casos en que se pierde, ó en que se suspende la patria potestad.

Segun hemos advertido en el párrafo II, se dice que se pierde la patria potestad cuando por alguna culpabilidad de parte del padre se le priva de ella.

Los casos en que esto se verifica son los siguientes:

1.º Cuando el padre trata cruelmente á los hijos, ó incita á sus hijas á la prostitucion. Ley 18, tit. xviii, Part. 4.ª

2.º Cuando espone ó abandona á los hijos recién nacidos ó de tierna edad, aun siendo por causa de su pobreza, como dispone la ley 4.ª, tit. xx, Part. 4.ª, y mas terminantemente la ley 5.ª, tit. xxxvii, lib. vii, Novís. Recop.; con la circunstancia de quedar tenido además á las penas que el Código penal establece por el delito de abandono de niños.

3.º Cuando despues de viudo se casara el padre á sabiendas con parienta dentro del cuarto grado en la linea colateral sin haber obtenido dispensa, ó con persona que ha profesado en Religion. Ley 6.ª, tit. xviii, Part. 4.ª

4.º Cuando habiendo adoptado á un hijastro suyo menor de catorce años, observara este al llegar á la pubertad que su padrastro malversaba sus bienes. Ley 18, id.

5.º Cuando habiendo recibido el padre la manda que se le dejó en testamento con la condicion de que emancipase al hijo, no lo cumpliese. Ley id.

6.º Si cometiere delito que se castiga con la interdiccion civil, y la pena principal á que estuviere aneja fuera perpétua, como aparece del art. 44 del Código penal: lo cual conviene con la antigua legislacion, por la que la perdía tambien el que era condenado á trabajos en obras públicas del Estado, ó á destierro y confinamiento perpétuos, segun consta de la ley 2.ª, id.

Tales son los casos en que, segun las leyes, pierde el padre la patria potestad; pero á fin de que pueda constar este hecho legalmente, es necesario que preceda la competente declaracion judicial, sin la cual no podrán los hijos reclamar los derechos que les correspondan.

Para que esto pueda conseguirse, se instruirá el oportuno espediente, en el que podrá comparecer el hijo por sí mismo, si

fuere mayor de veinte y cinco años; pero, siendo menor de esta edad y mayor de catorce ó doce, segun que fuere varon ó hembra, tendrá que comparecer por medio de un *curador para pleitos*, que nombrará en uso de las facultades que le concede el art. 1256 de la ley de enjuiciamiento, el cual, prévias las diligencias de aceptacion, juramento, obligacion y discernimiento será entonces quien proponga y defienda las acciones y derechos del hijo para que se le declare libre de la patria potestad.

Si la causa que alegare para este objeto fuere la de malos tratamientos de parte del padre, ó la de incitarle este á actos reprobados por la ley, podrá ante todo pedir el hijo ó su curador, que sea depositado, segun dispone el art. 1277, caso 4.º; y lo mismo, á nuestro juicio, deberá pedirse en los demás casos antes espresados si se temiera que, durante el seguimiento del espediente, pueda estar espuesto á sufrir el mismo mal trato.

En los casos pues, en que haya de pedirse el depósito, la primera diligencia será la de acudir con este objeto al juez del domicilio, ó si tan urgente fuera la necesidad, al del lugar donde se encontrare, si bien en este segundo caso lo será bajo el carácter de provisional, pasándose despues las diligencias al del domicilio, y poniendo la persona á su disposicion, segun consta en los artículos 1279 y 1280 de dicha ley.

Tanto que sea el juez del domicilio como el del lugar, para que pueda decretarse el depósito, es necesario: 1.º que se pida por medio de solicitud del interesado en que se ratifique: segundo que se presente alguna justificacion, aun cuando no sea cumplida, de los malos tratamientos ó abusos de autoridad de los padres, tutores ó curadores, si bien se permite á los jueces que puedan de por sí decretar el depósito, aun sin preceder solicitud del interesado, si les consta de la imposibilidad en este para implorar la debida proteccion. Artículos 1312 y 1313.

Prescindiendo de esta circunstancia, que solo puede tener lugar en casos estraordinarios, recibida la solicitud en el juzgado y hecha la justificacion en los términos indicados, pasará el juez á realizar el depósito en la persona que estime mas conveniente, mandando en el acto á los padres, tutores ó curadores que faciliten al interesado la cama y ropas de su uso, ó en caso de promoverse alguna cuestion sobre las que hayan de considerarse como tales, las que el juez designare, de las cua-

les se formará el oportuno inventario que se unirá al espediente, como disponen los artículos 1314 y 1315. Al mismo tiempo señalará tambien la suma que, atendidas las circunstancias, hayan de abonar provisionalmente al depositario los referidos padres ó curadores, segun lo prevenido en el art. 1316.

Verificado el depósito en esta forma, y siendo menor el depositado, se hará saber al *curador para pleitos*, si lo hubiere, ó no teniéndolo se le exigirá que lo nombre, si se halla en edad para hacer el nombramiento, ó lo nombrará el juez en caso contrario, al cual se entregará el espediente para que pueda practicar las gestiones que correspondan y pida lo que, segun las circunstancias, estime procedente. Artículos 1317, 1318 y 1319.

Si del resultado de estas diligencias apareciere justa la causa ó motivo que se hubiere espuesto para que se le saque al hijo del poder de su padre, lo acordará así el juez, mandando que se otorgue la competente escritura, segun se dijo al final del párrafo anterior.

Mas no solo deberá acudirse al juez para obligar al padre á la emancipacion si se halla comprendido en uno de los casos por los cuales se pierde la patria potestad, sino que tambien deberá practicarse la misma gestion cuando por alguna de las causas que autorizan las leyes se le suspende de este poder.

Causas por las que se suspende la patria potestad.

Aunque tambien consta en el párrafo II, cuando se suspende la patria potestad, sin embargo, nos parece mas propio expresar determinadamente los casos en que se verifica esta circunstancia, los cuales son los siguientes:

1.º Por la incapacidad del padre declarada judicialmente, como, por egemplo, si hubiere perdido el juicio, por no ser apto entonces para egercer acto alguno de la vida civil, y necesitar por el contrario de un curador que cuide de su persona y bienes, para cuyo cargo es preferido el mismo hijo, siendo mayor de edad.

2.º Por haber sido condenado á una pena que lleve consigo esta suspension, como puede suceder en los casos en que se impone la cadena temporal. Art. 41 del Código penal.

3.º Por hallarse ausente el padre é ignorarse su paradero; pues aun cuando no hay ley que así lo establezca, de hecho puede decirse que se suspende; teniendo que nombrarse al menos el hijo menor un curador para legitimar los actos civiles que exigen su intervencion.

En el caso de ser el hijo mayor de edad, podrá egercerlos de por sí, durante la ausencia de su padre; pero con la condicion de que este los haya de aprobar si volviese ó se descubriera su paradero.

Con la doctrina propuesta nos parece haber comprendido cuanto prescribe nuestra actual legislacion sobre el modo de acabarse la patria potestad, sin que el orden que hemos seguido para examinar esta materia haya servido de obstáculo para presentar reunidas las disposiciones de nuestro derecho, con el cual tanta semejanza guarda en esta parte el nuevo Código, como puede verse consultando sus artículos (1).

Solo existe una diferencia esencial, y es, que por nuestra legislacion actual, como únicamente el padre es quien tiene la patria potestad, acabada esta queda el hijo libre de ella, lo cual, no sucediendo así por el nuevo Código (2), en el que, dándose tambien este derecho á la madre en defecto del padre, quedará absolutamente el hijo fuera de ella cuando en los casos en que pasando á la madre se hallara comprendida esta en alguna de las disposiciones que le privan de este derecho.

Mas, ó bien que quede el hijo libre de esta potestad por solo no poder el padre egercerla, como en los casos que hemos espresado, ó que únicamente quede cuando sobreviviendo la madre se hallara esta en los casos que propone el nuevo Código (3), lo que nos interesa saber es que, libre ya el hijo de ella, es considerado como hombre *sui juris*, y como tal, con derecho á egercer de por sí los actos civiles, á no ser que por la edad ó su incapacidad necesite de la direccion de otras personas, de lo cual trataremos en la leccion siguiente.

(1) Artículos desde el 160 al 164.

(2) Art. 164.

(3) Arts. desde al 165 al 170.

LECCION UNDÉCIMA.

DE LA TUTELA Y CURATELA EN GENERAL

Y SUS EFECTOS.

SECCION PRIMERA.

De la naturaleza de la tutela y curatela, y sus especies.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la tutela, y su necesidad.—§. III. Cuál sea el objeto de la curatela, y sus diferencias de la tutela.—§. IV. Clases en que se divide esta institucion, y su fundamento.—§. V. Naturaleza de la tutela testamentaria, y personas que pueden nombrar tutor en testamento.—§. VI. Modo cómo puede hacerse su nombramiento.—§. VII. Qué es tutela legitima, y casos en que tiene lugar.—§. VIII. Orden con que son llamados las Parientes para su desempeño.—§. IX. Qué es tutela dativa, cuándo tiene lugar, y á quién compete su nombramiento.—§. X. Qué es discernimiento de tutor, y cómo se obtiene.—§. XI. Quiénes pueden nombrar curadores, y cómo ha de aprobarse su nombramiento.

§. I.

Razon del método.

Acabada la patria potestad, quedan las personas que se hallaban sujetas á ella bajo la consideracion de padres de familias. De estas personas, unas podrán entrar en el pleno ejercicio de los derechos civiles, y otras tendrán que ser dirigidas por tutores ó curadores, si su falta de edad ó su incapacidad no les permite atender por sí mismo á sus personas y bienes. El cargo en virtud del cual son dirigidas las personas que se hallan en los casos espresados, se llama *tutela* con respecto á los huérfanos impúberes; y *curatela* quando la direccion recae, ó en los púberes hasta los veinte y cinco años, ó en los mayores de edad incapaces para dirigirse.

Con ello puede comprenderse ya la razon por qué á continuacion del exámen que se ha hecho de las leyes relativas á la

pátria potestad, hayamos de entrar en el de las que corresponden á la tutela y curatela; cuyas instituciones examinaremos con la debida estension, presentando primero las leyes que se refieren al modo de desempeñar estos cargos, y concluyendo despues con las que espresan los casos en que cesan estos, juntamente con los efectos consiguientes á su terminacion.

Mas como las leyes que se refieren al desempeño de la tutela ó curatela, ó tienen por objeto determinar su naturaleza, ó designar las personas que pueden ser tutores ó curadores, ó finalmente, señalar sus obligaciones, hemos creido para su mas fácil inteligencia dividir esta leccion en otras tantas secciones cuanto son los objetos que dicen relacion con el egercicio de dichos cargos, empezando por el exámen de las leyes que determinan su naturaleza, lo cual será la materia de la primera seccion.

§. II.

Naturaleza de la tutela, y su necesidad.

La ley 1.^a, tit. xvi, Part. 6.^a, definió la tutela diciendo que es *la guarda dada al huérfano menor de catorce años, y á la huérfana menor de doce, que no se pueden y saben amparar*; pero mas determinadamente diremos que es *la autoridad confiada á una persona, principalmente para la educacion, crianza y defensa del huérfano menor de catorce años y de la huérfana menor de doce, y secundariamente para la administracion de sus bienes.*

Necesidad de la tutela.

Su necesidad se deja comprender desde luego, si se atiende á que el hombre en sus primeros años es tan débil é inesperto, que, ni puede defenderse por sí, ni sabe dirigir sus acciones, y por lo mismo era muy justo que á falta de padre, que es el naturalmente obligado á estos oficios, le proporcionara la sociedad los medios de educacion y defensa. Así lo han reconocido todas las naciones, haciéndose ellas un deber de procurar á los pupilos huérfanos esta proteccion, como relativamente á España lo encontramos en varias leyes de Partidas que lo testifi-

can, tales como la 5.^a, tít. III, y 41, tít. XVIII, y 20, tít. XXIII, Part. 3.^a

Pero como de encargarse la sociedad inmediatamente del cuidado de los huérfanos que tuviere en su seno, como lo hacian antiguamente los espartanos y persas, no solo se causaria embarazo á la accion del Gobierno, sino que tampoco podria procurarse á cada huérfano el cuidado y educacion que exigiera su posicion, se creyó conveniente instituir un oficio especial para que en nombre de la sociedad ejerciera esta vigilancia la persona que lo hubiere de desempeñar.

Este oficio es calificado por las leyes con los nombres de *tutor* y de *curador*, segun fuere la condicion de la persona cuya guarda se confia; llamándose *tutor* al que se encarga de la defensa de los impúberes, que son los que se hallan bajo de *tutela*, como espresa la ley 1.^a, título XVI, Part. 6.^a, y *curador*, segun la ley 43, id., al que toma á su cargo el cuidado principalmente de los bienes y personas de los púberes hasta su mayor edad, y aun de los mayores siendo incapacitados, de cuya denominacion viene el darse á esta otra clase de guarda el nombre de *curatela* ó de *curaduría*.

Cuál sea su naturaleza, y en qué se diferencia de la tutela, lo esplicaremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Naturaleza de la curatela, y sus diferencias de la tutela.

Aunque el oficio de tutor pudiera bastar para el cuidado de los huérfanos durante su menor edad, como lo consideraron así las antiguas leyes de España, segun es de ver por las contenidas en el tít. III, lib. IV del Fuero Juzgo, y por las del tít. VII, lib. III del Fuero Real, que es la doctrina que ha adoptado el nuevo Código (1), sin embargo, por las leyes romanas que siguieron las Partidas se hallan designadas dos clases de personas para el cuidado de los huérfanos mientras no hayan llegado estos á la mayor edad.

Cuál sea la razon de esta diferencia, á nosotros nos parece que no es otra sino la de dar mas libertad al huérfano cuando

(1) Artículos 174 y siguientes.

llega á cierta edad en que, hallándose ya en aptitud para algunos actos muy interesantes en la vida civil, cuales son el matrimonio y el poder disponer de sus bienes para despues de su muerte, parecia muy propio que no se le obligara desde entonces á continuar bajo la dependencia y guarda de otra persona si no quisiese, ó la naturaleza de algun negocio civil que tuviera que practicar no lo exigiere.

Mas aun cuando, suponiendo que sea este el objeto de nuestra legislacion actual, es digno de alabanza el fin que se propone, no por ello dejamos de conocer las ventajas que presenta la legislacion del Fuero Juzgo, y la que con arreglo á ella establece el nuevo Código, por ser mas decoroso y sencillo que una sola persona sea la que continúe dirigiendo á otra durante su menor edad, y encargar á otra clase de personas la direccion de los mayores incapacitados, como lo hace el nuevo Código (1), que no igualar á estas personas con los simplemente menores.

Como quiera que sea, la legislacion de las Partidas es la que se halla admitida entre nosotros, y de aquí la necesidad de determinar en este concepto la naturaleza de la *curatela*.

Definicion de la curatela.

Se entiende por CURATELA ó CURADURIA *el cargo que se confiere á una persona, principalmente para la administracion de los bienes del menor ó de otro que se halle imposibilitado para el manejo de sus cosas, y secundariamente para el cuidado de las personas.*

El que ejerce este cargo se llama *curador* en general, el cual, si fuere nombrado para cuidar y administrar los bienes del menor ó del incapacitado, se denominará entonces *curador ad bona*; y *curador ad lites* si lo fuese para seguir los pleitos y defender en juicio los derechos de las mismas personas. Además, hay otra especie de curadores que se nombran para la defensa de los bienes que se hallan abandonados por la ausencia de sus propietarios, ó para la que se dirige á los de una herencia no abida ó *yacente*, los cuales comunmente son conocidos bajo el nombre de *defensores*.

(1) Artículos 278 y siguientes.

Se diferencia la curatela de la tutela:

1.º En que en la tutela se dá únicamente tutor á los impúberes; pero en la curatela se dá el curador ó á los púberes hasta los veinte y cinco años, ó á los mayores de esta edad siendo locos, desmemoriados, ó pródigos declarados judicialmente, como disponen las leyes 13, tít. xvi, Part. 6.^a, y 5.^a, tít. xi, Partida 5.^a (1); ó finalmente, á los mismos impúberes en los negocios en que ellos y su tutor tienen intereses encontrados, ó en los casos en que este se ausentara ó enfermase, como añade la ley 13 citada.

2.º En que el tutor se dá principalmente para el cuidado de la persona del pupilo, y secundariamente para el de sus bienes (2), y el curador por el contrario, primero para los bienes, y en segundo lugar para las personas. Ley 1.^a, tít. xvi, Partida 6.^a

3.º En que el tutor se dá al impúber aunque no quiera, y el curador no se dá al menor si no lo quiere, á menos que sea para pleitos civiles y criminales, como disponen las leyes 1.^a y 13, id.; ó cuando haya de procederse á la venta de bienes raíces, derechos de toda clase, alhajas de plata, oro y piedras preciosas, bienes inmuebles, y muebles ó semovientes de valor, que puedan conservarse sin menoscabo, ó finalmente, para transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, como espresan los artículos 1401, 1402 y 1411 de la ley de enjuiciamiento civil.

Fuera de estos casos no puede apremiársele al menor á que tenga curador, segun así se infiere de la ley 5.^a, tít. xi, Partida 5.^a, en la que declarándose que haya de valer el prometimiento que hiciere el menor de por sí para obligarse á otro, salvo el beneficio de la *restitucion in integrum*, se dá bastante á entender que no es necesario el curador si no en los casos espresados; pues de otro modo no concedería al menor perjudicado el beneficio de *restitucion*, sino el remedio ordinario de *nulidad*, por haberse de considerar como nula dicha promesa si siendo necesario el curador no interviniese en ella.

(1) Artículos 278 y 279.

(2) Artículos 218 y 223.

Si la ley 12, tit. xvi, Part. 6.^a, parece indicar que el menor no puede estar sin curador, cuando dice que concluida la tutela *deben los judgadores dar ú otorgar á los mozos curador*, esto deberá entenderse en el caso en que ellos se lo nombraren, ó en que no se opusieren al nombrado por su padre en testamento; estando bien terminante la ley 13 de dicho titulo y Partida, en la que se establece que los menores *no pueden ser apremiados que reciban tales guardadores si non quisesen*.

4.^o Se diferencian tambien en que la tutela se dá para todo, y la curatela puede ser para un acto determinado, segun espresó la ley 1.^a, id.

5.^o En que la tutela se acaba cuando el pupilo llega á la pubertad, y la curatela cuando el menor cumple veinte y cinco años, ó el mayor incapacitado se hace apto para gobernarse por sí. Leyes 1.^a, 12, y 13, id.

Con las diferencias que acabamos de espresar se comprenderá mas claramente la naturaleza de la tutela y de la curatela; pero á fin de que quede ella mas bien determinada, consideraremos separadamente esta institucion en cada una de las clases en que se divide, presentando antes el fundamento de su division.

§. IV.

Clases de tutela y curatela y fundamento de su division.

Supuesta la utilidad que puede prestar á la sociedad y al pupilo el tener este á su lado una persona especial para su direccion y gobierno, era consiguiente que determinara la ley el sugeto á quien debiera confiarse el nombramiento de los tutores; y viendo el legislador que nadie mejor que el padre natural podia designar la persona que despues de su fallecimiento continuara su vigilancia sobre sus hijos, acuerda que muerto el padre haya de encargarse de la tutela la persona que este hubiere nombrado en testamento; y con ello quedó constituida una clase de tutela, que, por razon del origen de donde procede ó del documento en que aparece, se llamará *tutela testamentaria*.

No habiendo tutor testamentario, como no era justo que quedara el huérfano abandonado, la ley le señaló anticipada-

mente la persona que hubiera de ejercer dicho cargo, echando mano para este señalamiento de aquellos sujetos en quienes pudiera presumirse un buen afecto hácia el pupilo.

El afecto se presume mas bien entre parientes que entre estraños, siendo tanto mayor en aquellos cuanto mas próximo sea el parentesco, como acredita la esperiencia; y con ello tenemos ya la razon por qué á falta de tutor testamentario haya llamado la ley á los parientes, y preferido para este cargo á los mas próximos en grado; quedando por este hecho constituida otra clase de tutela, que llamaremos *legítima*, por provenir inmediatamente de la ley el nombramiento de las personas que la hayan de ejercer.

Finalmente, á falta de tutor testamentario y legítimo que se encargue de la direccion del huérfano, debia tomarla sobre sí la autoridad constituida para vigilar por los intereses públicos; pero como la persona en quien residiera este poder no pudiera hacerlo de por sí á causa de los muchos negocios á que se estiende su solicitud, la ley proveyó suficientemente á ello, dando facultades al que lo ejerciese para que pudiese nombrar un tutor, informándose antes de las cualidades de la persona elegida. De este modo quedó establecida otra clase de tutela, conocida con el nombre de *dativa*, por ser el juez ó la autoridad competente la que dá ó nombra tutor al pupilo, en defecto del testamentario y del legítimo.

De lo que acabamos de decir resulta, que son tres las clases de tutela, á saber: *testamentaria*, *legítima* y *dativa*; habiéndonos servido de fundamento para esta division la obligacion reconocida en todas las naciones de haber de tomar bajo su proteccion el cuidado de los huérfanos, como relativamente á nuestra España lo demuestran las leyes de Partidas citadas en el párrafo II.

Si de la tutela pasamos á la curatela, esta, segun las leyes de Partidas, era solo de una clase, por no conocerse generalmente otra que la que daba el juez, la cual se llamaba *dativa*.

Mas atendiendo á que, aun en ciertos casos, tenia que sujetarse este en el nombramiento de curador á las personas que designaba la ley, como lo era cuando habia de nombrarlo para un furioso ó mentecato, al tenor de lo dispuesto en la ley 13, tit. xvi, Part. 6.^a, y además debia el juez confirmar al curador

que el padre habia nombrado en testamento, *cuando entendiere que era á pró del mozo*, como dispone la ley citada, diremos que al menos en un sentido lato puede tambien, segun las Partidas, dividirse en tres clases la curatela, á saber: en *testamentaria*, en *legítima* ó *ejemplar* y en *dativa*.

Prescindiendo de esta observacion, en el dia no presenta ya ninguna dificultad el admitir en toda su estension estas tres clases de curatela, hallándose sancionada esta division en la ley de enjuiciamiento civil, como consta de los artículos 1231, 1232, 1233 y 1234, en los que se autoriza la curatela *testamentaria*: de los artículos 1237 y 1238, en los que se trata de la *dativa*; y de los incluidos desde 1243 al 1247, que se refiere á la curatela *ejemplar* ó *legítima*.

De cada una de estas especies de tutela y curatela hablaremos con separacion, espresando cuanto diga relacion al nombramiento de tutores y curadores en cada una de ellas, como podrá verse en el párrafo siguiente relativamente á la *tutela testamentaria*, que es la primera de que nos ocupamos, por ser esta de uso mas comun y frecuente.

§. V.

Qué es tutela testamentaria y quiénes pueden dar tutor en testamento.

Se entiende por TUTELA TESTAMENTARIA *aquella para cuyo desempeño es nombrado el tutor en testamento ó en otra última disposicion.*

De esta definicion se infiere que el tutor testamentario puede ser nombrado tanto en testamento como en codicilo. De lo primero tenemos las leyes 2.^a, 3.^a, 6.^a y 8.^a, tit. xvi, Partida 6.^a, que lo confirman; y para lo segundo puede citarse la ley 104, tit. xviii, Part. 3.^a, en la que al designar las cosas que no pueden dejarse en codicilo, no se dice en ella que no pueda nombrarse tutor; y por lo mismo podrá sostenerse su nombramiento, aunque prévia la confirmacion del juez, que es lo que se halla admitido en la práctica, siguiendo lo dispuesto por las leyes romanas.

No obstante, si alguna duda hubiese en ello, ha quedado ya hoy dia resuelta por el art. 1219 de la ley de enjuiciamiento, en el que en términos generales se enuncia que ha de tenerse

por legítimo el nombramiento de tutor testamentario acreditado en última disposicion.

Personas que pueden nombrar tutor en testamento.

Las leyes de Partidas, sentando como principio que el nombramiento de tutor testamentario es efecto de la patria potestad, conceden solo al padre legítimo esta facultad sin restriccion alguna, pero sin impedir que otros que el padre puedan tambien nombrar tutor si cumplen con las prescripciones de la ley.

Bajo este supuesto, pueden nombrar tutor en testamento, segun las leyes de Partidas:

1.º El padre á sus hijos impúberes constituidos bajo su potestad, tanto nacidos como póstumos, pues para este efecto se reputan estos como nacidos. Ley 3.^a, tít. xvi, Part. 6.^a Art. 1219 de la ley de enjuiciamiento. Las leyes 4.^a y 10, título II, lib. xxvi del Digesto, incluyen tambien á los desheredados, cuya doctrina se halla igualmente admitida en España, aun cuando no hay ley que espresamente la establezca (1).

Si el abuelo podrá hacer este nombramiento en los mismos términos que el padre, aunque hay autores que lo sostienen, á nosotros nos parece que solo podrá permitirsele, supuesta la ley 47 de Toro, el que pueda nombrarlo cuando recayeré en el nieto que hubiere adoptado, por haber adquirido sobre él por este hecho la patria potestad.

2.º Puede tambien el padre nombrar tutor en testamento á sus hijos, aun cuando no estén bajo su poder, como por egemplo, á los naturales (2) y emancipados; pero para que valga este nombramiento es preciso que los haya instituido herederos y que el juez les discierna el cargo. Ley 8.^a, tít. xvi, Part. 6.^a

3.º Puede igualmente la madre, á falta de padre, nombrar tutor á sus hijos, cuyo nombramiento, segun la ley 6.^a título xvi, Part. 6.^a, será válido, y el juez lo deberá discernir ó aprobar si les hubiere instituido herederos, pero no cuando solo les hubiese dejado alguna parte de sus bienes, que entonces deja la citada ley al arbitrio del juez su confirmacion ó discernimiento.

(1) Art. 177.

(2) Art. 269.

El art. 1221 de la ley de enjuiciamiento da por supuesta en la madre la facultad de nombrar tutor á sus hijos, pero nada espresa acerca de las referidas circunstancias, que solo menciona al hacerse cargo del nombramiento de tutor por los extraños.

4.º Finalmente, cualquiera, ora sea extraño ó pariente, puede nombrar tutor á un huérfano menor si le instituye heredero; pero para que valga este nombramiento lo ha de aprobar ó discernir el juez, como espresa la ley 8.ª, y lo supone así el art. 1222 de la ley de enjuiciamiento, no solo cuando le instituya heredero, sino que tambien cuando le dejare manda ó legado de importancia.

Esta diferencia que establecen las leyes de Partidas con respecto á la necesidad ó no necesidad del discernimiento del juez para la validez del nombramiento de tutor, está fundada, segun dijimos al principio, en que en unos la facultad de nombrarlo es efecto de la patria potestad, como lo es en el padre con respecto á los hijos legítimos que están bajo su poder, y en el abuelo respecto del adoptado; pero en los otros es una consideracion especial de la ley hácia ellos, permitiéndoles nombrar tutor si les instituyen herederos, cuya circunstancia ignorarian los jueces si no se les obligara á los nombrados á recibir antes de su ejercicio la autorizacion competente.

Recibida esta, deben los tutores acomodarse en el desempeño de este cargo á los términos ó modo en que constare hecho su nombramiento, del cual trataremos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Modo cómo puede ser nombrado el tutor testamentario.

El modo cómo han de nombrarse los tutores en testamento lo dejó el derecho á la voluntad del testador, y de aqui el poderlo hacer pura ó absolutamente, para tiempo determinado, ó bajo condicion, como espresó la ley 8.ª, tit. xvi, Partida 6.ª

Tambien dejó á su voluntad el poder nombrar uno ó muchos tutores al huérfano; pero al mismo tiempo prescribió el legislador algunas reglas para que en el caso de ser muchos los nombrados no quedara descuidado este negocio.

Atendiendo, pues, á ellas, diremos que si el testador hu-

biere nombrado muchos tutores á su hijo, designando á unos para cuidar de su persona y á otros para administrar sus bienes, deberá cada uno de ellos encargarse de la parte que se le hubiere confiado.

Si no hubiere hecho tal designacion, podrán los mismos tutores convenir entre sí respecto á aquel á cuyo cargo haya de estar el cuidado del pupilo y de sus bienes; pero si no se convinieren, puede uno de ellos acudir al juez manifestando el desacuerdo en que están los cotutores, y ofreciéndose á desempeñar la administracion si los demás nombrados se avienen á ello, pedirá que se le discierna el cargo.

Si no se avinieren, mandará el juez que se elija uno de ellos para que lo egecute dando la caucion correspondiente, y si no lo eligieren nombrará de entre los mismos el que mas útil le pareciere para que él solo se encargue del cuidado del pupilo y de la administracion de sus bienes, segun asi resulta de la ley 11, tit. xvi, Part. 6.^a

Para evitar estos desacuerdos, prohíbe el nuevo Código que la tutela pueda egercerse conjuntamente por mas de una persona; disponiendo al mismo tiempo que si el padre ó madre nombrasen mas de un tutor se entenderán nombrados por su orden, y sustituyéndose los unos á los otros (1).

Como no solamente puede el pupilo tener muchos tutores á un tiempo por haber nombrado varios el testador, sino que tambien porque varios testadores, en uso de las facultades que les concede la ley, y cumpliendo con los requisitos que esta señala, segun se ha manifestado en el párrafo anterior, han nombrado por su parte uno ó muchos al mismo, se hace preciso, para saber quién y cómo deben desempeñar en tal caso su cargo, el que se tengan presentes las dos siguientes reglas:

1.^a Si el pupilo fuera hijo lejítimo, y á la muerte del extraño, ó aun de la madre que le nombraron tutor en concepto de haber faltado su padre, viviera todavía este, tales nombramientos nunca podrán privarle de los derechos que las leyes le conceden sobre sus hijos constituidos en su poder, y por lo mismo el padre será quien administre lo dejado por aquellos,

(1) Artículos 173 y 180.

por el principio aquel de que *al que tiene padre no se le nombra tutor*.

2.^a Si el pupilo careciera de padre, ó aun sobreviviendo este, fuera un hijo *natural* y concurrieran varias tutelas, como, por ejemplo, la dada por la madre, por un extraño ó por su mismo padre *natural* cada uno de los tutores respectivamente nombrados por estas personas administrará la parte de bienes que la que lo nombró dejó al pupilo; pero si no concurrieran á un tiempo administrará el primero nombrado y no el que lo sea en segundo lugar, como dice Gutierrez, parte 1.^a, cap. iv, número 17; Tract. de Tut. fundado en aquel otro principio de que *al que tiene tutor, no se le debe dar otro*.

Mas, ó bien sea uno ó muchos los tutores nombrados, el testador los debe designar de manera que se pueda saber ciertamente cuál es el elegido para este cargo, porque si acaeciera que se nombrara uno, y hubiese otro del mismo nombre, sin saberse cuál de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos seria tutor, como dispone la ley 7.^a de dicho título y Partida.

Tales son las disposiciones mas generales que determinan la naturaleza de la tutela testamentaria: en el párrafo siguiente daremos alguna idea de las que se refieren á la tutela legitima.

§. VII.

Qué es tutela legitima, y casos en que tiene lugar.

A falta de tutor testamentario, la ley provee á la guarda del huérfano pupilo señalando de antemano las personas que han de egercer este cargo, y eligiendo aquellas de quienes se presume que tendrán hácia el pupilo un buen afecto.

Estas personas, segun hemos manifestado en el párrafo iv, son los parientes del huérfano, y de aquí el poder definir la *tutela legitima* diciendo que es *la guarda que la ley desiere á los parientes mas próximos del pupilo por su orden, para los casos en que no haya tutor testamentario*. Ley 2.^a, título xvi, Part. 6.^a

Los casos en que esto se verifica, segun la ley 9.^a de este mismo título y Partida, y en los cuales está conforme el nuevo Código (1), son los siguientes: 1.^o, si murió el padre sin tes-

tamento; 2.º, si testó y no nombró tutor á su hijo; 3.º, si habiendo nombrado tutor, murió este antes que el padre.

Algunos autores, no obstante, la estienden á otros casos, tales como, por egemplo, si el tutor nombrado no quisiera serlo, ó si murió ó se ausentó despues de la muerte del testador sin haber llegado á aceptar el cargo; sirviéndoles sin duda de motivo para proponer esta doctrina la oscuridad que presentan las Partidas, las cuales, si bien en la ley 5.ª disponen que pasando la madre á segundas nupcias cuando todavía tiene la tutela de sus hijos, haya de darse esta por el juez *al pariente mas próximo*.

Sin embargo, como en las dudas que ofrecen las leyes de Partidas debemos acudir para interpretarlas al derecho comun, y este no admite que fuera de los casos mencionados haya lugar á la tutela legítima, debemos decir que aunque dicha ley 5.ª se espresé en los términos referidos, solo puede considerarse este caso como una especialidad; pero no debe tomarse de ella argumento para estenderla á otros casos, mayormente cuando estas mismas leyes disponen que cuando el tutor testamentario se escusa ó es removido, se le haya de nombrar al pupilo un tutor dativo, como aparece de la ley 4.ª, tit. XVIII, Part. 6.ª

Prescindiendo de estas cuestiones, lo que no tiene duda es, aun cuando no lo espresen las leyes de Partidas, que no basta referirnos á si el padre dejó de nombrar tutor en testamento, para que en tal caso haya de entrar la tutela legítima, sino que debe tambien atenderse á si habiendo sido nombrados muchos por el padre, hubieren muerto todos ó solo algunos de ellos, ó á si lo tienen nombrado por la madre ú otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, porque solo en el caso de no haber quedado ninguno de los tutores nombrados por el padre, siendo muchos los designados, ó solo en el de no haber nombrado tutor ninguna de las referidas personas es como tendrá lugar la tutela *legítima*, segun espresa el art. 1226 de la ley de enjuiciamiento, y para la cual ha de designar el juez al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley.

Qué pariente sea al que corresponda este cargo, lo inferiremos sabiendo el orden de llamamientos que hacen las leyes para su desempeño.

Orden con que son llamados los parientes á la tutela legítima.

Habiendo demostrado en el párrafo iv que los parientes del pupilo deben ser llamados á la tutela legítima, por presumirse en ellos un buen afecto hácia el mismo, y siendo mayor el cariño cuanto mayor sea la proximidad del parentesco, era consiguiente que se estableciera un orden entre ellos á fin de que no se embarazaran en el desempeño de este cargo.

El orden que al efecto se halla establecido, es el siguiente:

1.º Muerto el padre sin haber dejado tutor en los casos expresados en el párrafo anterior, corresponde á la madre este cargo, aunque sea *natural* ó aun siendo espúreos los hijos si no proceden de dañado y punible ayuntamiento. Leyes 2.ª y 3.ª, tít. vii, lib. iii. Fuero Real, y 9.ª, tít. xvi, Part. 6.ª Gutierrez. Tract. de Tut. Part. 1.ª Cap. 8, núm 9.

2.º En defecto de madre, debe ser preferido el abuelo, como se deduce de la ley 47 de Toro; pues no teniendo ya, segun ella, la patria potestad sobre los nietos, es muy justo que sea llamado á la tutela con preferencia á la abuela por su cualidad de varon, aun cuando no hay ley que espresamente lo establezca.

3.º A falta de abuelo, debe serlo la abuela, á la cual en defecto de madre daba la preferencia la ley 9.ª, tít. xvi, Partida 6.ª

4.º No existiendo, ó no pudiendo encargarse de la tutela, ninguna de las personas mencionadas, corresponde esta á los parientes mas próximos, y hallándose muchos en igual grado, á todos conjuntamente, como espresan las leyes citadas.

Sobre cada una de estas personas, consideradas individualmente, y sobre todas ellas en general, se ofrecen algunas observaciones, que espondremos á continuacion.

Empezando por esta última consideracion, parecia muy propio que, sentado el principio de ser la tutela una carga pública, no pudieran los parientes, segun el orden de llamamientos expresado, libertarse de aceptarla al menos que no tuvieran una causa justa para ello ó no reunieran las cualidades necesarias para su desempeño, como establece el art. 1229 de la ley de

enjuiciamiento; y sin embargo no es esta la opinion de todos los autores, que creen que las leyes lo dejan á su voluntad.

Nosotros, sin embargo, aun suponiendo que la ley 12, título xvi, Part. 6.^a les deje en libertad de admitir ó no el cargo de la tutela, por aquellas palabras de *nin hobiese pariente cercano que lo quisiese guardar*, no podemos admitir esta doctrina, por no ser conforme con el principio indicado, y estar en contradiccion con los artículos 1226, 1228 y 1229 de dicha ley, en los que se supone bien claramente esta obligacion, en razon de disponerse en ellos que solo en el caso de no haber pariente á quien designar, lo cual ha de hacerse constar debidamente, ó no reuniendo los que existieran las cualidades necesarias, es cuando el juez puede conferir la tutela á otra persona que merezca su confianza.

Pasando despues á las otras consideraciones que se refieren á cada uno de los parientes llamados por la ley, los primeros á quienes las leyes antiguas la confian, prescindiendo de la advertencia que hemos hecho en cuanto al abuelo, son la madre, y en su defecto la abuela, y sobre ellas se hace preciso observar que para poder aceptar dicho cargo se les exigen dos seguridades, á saber: 1.^a, que prometan al juez que no se casarán durante la tutela: 2.^a, que renuncien al beneficio que gozan las mugeres de no quedar obligadas por las fianzas que otorguen; lo cual deberán prometer igualmente en caso de ser nombradas tutoras en testamento. Ley 4.^a, tit. xvi, Part. 6.^a

Las razones que ha tenido la ley para exigir estas seguridades, son: 1.^a, que si se les permitiera casarse continuando la tutela, el amor hácia su marido les haria negligentes en el cuidado de la persona y bienes del pupilo; y 2.^a, que si no hicieren dicha renuncia, se retraerian los hombres de contratar con ellas, y quedaria perjudicada la persona que tuvieran bajo su proteccion. Si no obstante la promesa de no casarse lo verificasen sin haber obtenido la dispensa necesaria, perderán la tutela, quedando obligados sus bienes y los de sus maridos al resultado de su administracion, y el juez proveerá de tutor al pupilo, llamando al pariente mas próximo, como dispone la ley 5.^a del título y Partida citada.

Ultimamente, debemos observar que si en defecto de madre, abuelo y abuela, admiten la tutela los parientes mas pró-

ximos, y hubiera muchos de igual grado, tendrá que practicarse entonces lo que con arreglo á la ley 11, id., se manifestó en el párrafo VI, á fin de que pueda conseguirse la unidad y rapidez en la administración, que tanto redundaba en beneficio del pupilo.

Dicho orden de llamamientos cesa con respecto al hijo emancipado, por hallarse dispuesto en la ley 10, id., que si el padre no le nombra tutor, lo sea entonces el hermano, si lo tuviere, siendo mayor de veinte y cinco años.

Tal es la doctrina de las leyes acerca de la naturaleza de la tutela legítima, y orden con que son llamados los parientes á desempeñarla; debiendo advertir por conclusion que este mismo orden es el que en parte propone el nuevo Código (1), diferenciándose solo en la circunstancia de no haber incluido á la madre entre las personas llamadas, en razon de haber concedido á esta la facultad de suceder al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones (2).

§. IX.

Qué es tutela dativa, cuándo tiene lugar y á quién corresponde su nombramiento.

Se entiende por TUTELA DATIVA *la guarda que dá el juez al pupilo, á falta de tutor testamentario y de legítimo. Leyes 2.^a y 12, tit. XVI, Part. 6.^a*

De esta definición se infiere que solo tiene lugar esta tutela cuando no hubiere dejado el padre tutor en testamento á su hijo, ni hubiese tampoco parientes hábiles que designar en defecto de tutor testamentario ó cuando la madre que habiendo pasado á segundas nupcias continuase en la tutela por haber obtenido real cédula de habilitacion, dejase pasar el término de sesenta dias, contados desde la fecha del nuevo matrimonio sin haber constituido la hipoteca especial que en tal caso se requiere, segun lo manifestado en el párrafo anterior y lo dispuesto en el art. 209 de la ley Hipotecaria, en lo cual se conforma el nuevo Código (3).

(1) Art. 128.

(2) Art. 164.

(3) Art. 184.

En este caso, pues, como no pareciese justo que quedase abandonado á sí mismo el pupilo, la ley ha provisto á esta necesidad concediendo al juez la facultad de nombrar una persona de su confianza para que se encargara de desempeñar este cargo.

Mas, como no siempre pudiera constar al representante de la pública autoridad la necesidad de acudir al socorro del huérfano proporcionándole este medio de proteccion, las leyes de Partidas ocurrieron á esta dificultad imponiendo á los parientes mas cercanos del pupilo la obligacion de tener que pedir al juez del lugar dentro del año de la muertê de su padre, como afirma Gutierrez, Tract. de Tut. Part. 1.^a, cap. 16, número 32 y siguientes, el que le nombre un guardador, bajo la pena, en caso de no pedirlo, de perder el derecho que tendrian para heredar sus bienes muriendo sin testamento.

Así se halla establecido en la ley 12, tít. xvi, Part. 6.^a, añadiendo además en beneficio del pupilo que no habiendo parientes, ó si existiendo estos fueran negligentes, puedan hacer, esta misma instancia los amigos del pupilo ó cualquier otro del pueblo; y aun, segun pretenden algunos autores, deben los mismos jueces nombrarle de oficio si nadie lo pidiere.

La persona que en estos casos se nombrara para desempeñar este cargo es llamada *tutor dativo*, por ser dado, como espresa dicha ley, *por otorgamiento del juez*.

Este por leyes romanas no siempre fue uno mismo, como puede verse en los autores que han escrito de este derecho, y aun entre nosotros son varios tambien los que se hallan autorizados para hacer dicho nombramiento, tanto por razon á la condicion del pupilo, como por razon á la localidad en que resida, ó en la que hubiere nacido, ó en la que radicarán sus bienes.

Atendida á la condicion del pupilo, si este fuere hijo primogénito de Grande de España, corresponde esclusivamente al Rey ó al magistrado á quien S. M. diese especial comision para hacerlo, como dispone la ley 17, tít. i, lib. vi, Novísima Recopilacion: y si fuere el mismo Rey el que se hallare en dicha edad sin haberle nombrado el padre tutor en testamento, ni tampoco viviera su madre ó se hubiera casado esta, lo deben nombrar las Córtes, segun se previene en el tít. viii de la Constitucion.

Fuera de estos casos, los jueces ordinarios de primera instancia son los que proveen de tutor dativo á los pupilos, y por lo mismo deberá acudirse á ellos para su nombramiento, si bien permite la ley 12, tit. xvi, Part. 6.^a, que puedan serlo, tanto el juez del domicilio del pupilo, como el del lugar donde nació este ó su padre, como tambien el de aquel en donde tuviere el huérfano la mayor parte de sus bienes.

Como esta diversidad de jueces á los cuales corresponde en este segundo caso el nombramiento de tutor dativo, pudiera dar lugar á dudas sobre el que haya de ser preferido cuando aparecieran nombramientos hechos á un mismo pupilo por cada uno de los que espresa la citada ley, para resolverlas proponen los comentadores del derecho que ha de prevalecer en tal caso el nombramiento que constare haberse hecho primero, y no pudiéndose indagar esto por haberse hecho todos bajo una misma fecha, opinan que ha de valer el del juez del domicilio del pupilo, por ser este el que en primer término figura entre los que refiere la ley, no obstante que la práctica tiene admitido el que sea preferido el juez del lugar en donde radica la testamentaria.

Sin embargo, despues de publicada la ley de enjuiciamiento civil, no parece que debemos vacilar ya en determinar á quién pertenece este nombramiento; pues, ó se verifica este pendiente el juicio *ab intestato*, ó el de testamentaria, tanto voluntario como necesario, y entonces corresponde al juez del domicilio del padre ya difunto del pupilo, y si le tenia en el extranjero al del lugar de su último domicilio en España ó donde esté la mayor parte de sus bienes, como espresan los artículos 353, 354, 410 y 416 de esta ley; ó se verifica fuera de estos casos, y entonces nos parece que ha de ser el del domicilio del huérfano, atendiendo al contexto de la ley 12, tit. xvi, Part. 6.^a

Cualquiera que sea la clase de tutela, para poderse ella ejercer válidamente es necesario que el juez discierna antes el cargo, con cuyo motivo manifestaremos á continuacion lo que el derecho y la práctica tienen admitido acerca de este acto.

Qué es discernimiento de tutor, y modo cómo se obtiene.

La palabra *discernir*, en sentido jurídico, significa habilitar á alguno para algun acto, ó para el desempeño de algun cargo ó negocio, como, por ejemplo, para la tutela ó curatela, ó para la administracion de los bienes de algun ausente que se hallan abandonados, ó para el cuidado y defensa de una herencia yacente.

Segun esto, se entiende por DISCERNIMIENTO DE TUTOR la *habilitacion concedida por el juez á los tutores que han aceptado este cargo, para que puedan proceder á su desempeño*.

Las leyes solo lo exigen en ciertos casos, y principalmente en la tutela testamentaria, cuando el nombramiento de tutor fuera hecho por persona que careciera de patria potestad sobre aquella para el que le nombró, como aparece de la doctrina contenida en el párrafo v; pero, sin embargo, la práctica tiene admitido que todos los tutores, tanto testamentarios como legítimos y dativos, hayan de obtener al menos para su representacion en el foro el discernimiento del juez.

Para obtenerse este presentarán, así el tutor testamentario como el legítimo, un pedimento en el que, haciendo relacion el primero de su nombramiento, acreditándolo con la copia del testamento ó con el testimonio de la cláusula correspondiente, y manifestando el segundo la falta de tutor testamentario, juntamente con el parentesco que le une con el pupilo, y acompañando uno y otro la partida de defuncion correspondiente, pedirán que se les tenga por nombrados y que se les discierna el cargo.

Presentado el pedimento, si nada hay que pueda oponerse á la capacidad del tutor, acuerda el juez que se le haya por nombrado, mandando que, prévias las solemnidades de aceptacion, juramento y afianzamiento, de las cuales trataremos al hablar de las obligaciones de los tutores, y prévias además en la madre y en la abuela la promesa de no casarse y la renuncia del beneficio de no poderse obligar por otras personas, se les discierna el cargo.

Practicadas estas diligencias en los términos que luego ma-

nifestaremos, y obtenida la aprobacion del juez, se exigirá al nombrado que otorgue en el mismo expediente la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen, lo cual cumplido, provee el juez el discernimiento, confiriendo por él al tutor cuantas facultades fueran necesarias para representar al pupilo y cuidar de su persona y bienes, como es de ver por los artículos 1269 y 1270 de la ley de enjuiciamiento.

Si la tutela fuese dativa, como el juez es el que nombra, al tutor á petición de otras personas, ó de oficio cuando nadie lo pidiere, segun afirman muchos autores, entonces se hace saber primero el nombramiento á la persona designada, y aceptado por esta el cargo en la forma que ya hemos espresado, subseguirá el discernimiento, estendiéndose la correspondiente diligencia como en los casos anteriores.

Por último, en el caso de ser el huérfano Grande de España, deberá hacerse la petición de tutor ó de curador á la Audiencia del territorio, por cuyo conducto, segun enseñan los prácticos, se remitirá á S. M. para su aprobacion.

Lo dicho hasta aquí podia tambien aplicarse á los curadores; pero como á consecuencia de la ley de enjuiciamiento civil se han introducido algunas variaciones, tanto en cuanto á las clases de curadores, como en el modo de nombrarse estos, se hace preciso que veamos cuáles son las disposiciones que actualmente rigen con respecto á su nombramiento.

§. XI.

Quienes pueden nombrar curadores, y cómo ha de aprobarse su nombramiento

Aunque propiamente hablando no se conoce, segun las leyes de Partidas, otra clase de curatela que la *dativa*, segun dijimos en el párrafo III, sin embargo, no por ello dejaba en cierto modo de admitirse la *curatela testamentaria*, sosteniendo la ley el nombramiento de curador dejado en testamento, si entendia el juez que le era útil al menor, como dispone la ley 13, tit. XVI, Part. 6.^a

Esta circunstancia, y la de hallarse admitida entre los romanos la *curatela legítima* de los furiosos y pródigos, y el ser preferidos tambien entre nosotros los parientes en el caso

de haberse de nombrar curador á estas personas, nos hizo decir que aun en nuestras leyes podian admitirse en cierto modo tres clases de curatela, del mismo modo que se dice de la tutela, lo cual ha sancionado en términos absolutos la ley de enjuiciamiento, como consta de los artículos citados en dicho párrafo.

Bajo este supuesto, para determinar quiénes pueden nombrar los curadores los dividiremos en tres clases, á saber: 1.º, en curadores para los bienes de los hijos: 2.º, en curadores egemplares; y 3.º, en curadores para pleitos; de los cuales corresponden los primeros á los llamados *testamentarios*, por verificarse generalmente su nombramiento por testamento ú otra última disposicion, los segundos á los *legítimos*, por haber de recaer este cargo principalmente en los parientes llamados por su orden por la ley; y los terceros á los *dativos*, por no poderse dar por el juez sino cuando los pupilos ó menores no tengan tutores ó curadores, ó teniéndolos, no puedan estos representarles en juicio.

Segun ello, pueden nombrar *curadores para los bienes de los menores* el padre, la madre, ó cualquiera otra persona que les instituyera por herederos, ó dejádoles alguna manda de importancia, segun consta de los artículos 1231, 1232, 1233 y 1234 de la ley de enjuiciamiento.

En defecto de curador nombrado por dichas personas, corresponderá al mismo menor su nombramiento, para lo cual comparecerá ante el juez de primera instancia del domicilio, á fin de que discierna este el cargo al que hubiere nombrado, como disponen los artículos 1237 y 1238. En el caso en que la persona nombrada no reune las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento, y exigir del menor que nombre otro en su lugar. Artículo 1239.

Pasando despues á los *curadores egemplares*, que son aquellos que se dan á los que por cualquier concepto se hallan incapacitados para la administracion de sus bienes y cuidado de sus personas, su nombramiento debe hacerse por el juez del domicilio de aquel que lo necesitare, prévia la justificacion cumplida de su incapacidad, el cual ha de recaer por su orden en el padre, hijos, muger, madre, abuelos y hermanos del in-

capacitado si tuvierén la aptitud necesaria para desempeñar este cargo. Artículos 1243, 1244 y 1245 de dicha ley.

Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras, y el mayor al menor; así como en el caso de concurrir abuelos paternos y maternos serán también preferidos los varones, y siendo del mismo sexo los que lo sean por parte de padre, como espresa el art. 1246.

No habiendo ninguna de las personas que se han indicado, ó no siendo aptas para desempeñar el cargo de curador egemplar, el juez podrá nombrar á la que estimare mas á propósito para ello, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, las que sean parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres, según dispone el art. 1247.

Finalmente, cuando los menores hubieren de tomar parte en algun asunto litigioso, se les debe nombrar un *curador AD LITES ó para pleitos*; pero para ello es necesario tener presente que no se nombrará este á los menores de doce y catorce años, ni se permitirá los nombren á los mayores de dichas edades respectivamente sino cuando sus tutores ó curadores no puedan representarlos por cualquier motivo, porque si lo pudieren, solo ellos son los que representarán á los menores, sin que por ningun pretesto se admita la representacion del curador para pleitos. Artículos 1253 y 1254.

Esto supuesto, y sabidos los casos en que tiene este lugar, su nombramiento corresponde á los menores de veinte y cinco años y mayores de catorce y de doce, según que fueren varones ó hembras, los cuales elegirán á quien tengan por conveniente, compareciendo para ello ante el juez, á cuyo prudente arbitrio queda el conferirle el cargo ó negárselo, si creyere que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo. Artículos 1256, 1257 y 1258.

Mas si los menores no lo nombrasen, ó si siendo mayores estuvieran incapacitados, entonces pertenece al juez su nombramiento, el cual deberá recaer en pariente inmediato del menor, si le hubiere; en su defecto en persona de su intimidad ó de la de sus padres; y no habiéndolos, ó no siendo aptas las que hubiere, en vecino del lugar del domicilio del menor que mereciere la confianza del juez. Art. 1255.

Hecho el nombramiento de curador en cada una de las cla-

ses en que lo hemos dividido, no podrá este desempeñar su cargo sin que proceda el discernimiento judicial.

Para obtenerse este, deberá tenerse presente lo manifestado en el párrafo anterior al hablar del discernimiento de los tutores.

Así, pues, si se tratase de *curador para los bienes*, presentado por este el pedimento, haciendo constar su nombramiento por alguna de las personas indicadas, el juez le discernirá el cargo despues de cumplidos los requisitos allí mencionados, segun espresan los artículos desde el 1231 al 1235, á no ser que siendo el nombramiento hecho por la madre, ó por persona que hubiere instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia; se opusiere este á admitirlo, que entonces, si lo creyere fundado el juez, podrá negar el discernimiento al nombrado. Art. 1236.

En este y cualquier otro caso en que se empeñare alguna cuestion sobre cualquiera de las circunstancias y requisitos que ha de cumplir el curador, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor, si lo hubiese tenido; segundo, el que haya sido *curador para pleitos*; tercero, y á falta de los dos anteriores, el promotor fiscal del juzgado. Art. id.

Si el nombramiento lo fuese de un *curador ejemplar*, aceptado que sea por este, y cumplidos por él los requisitos necesarios, se le discernirá el cargo, y se le entregará el caudal del incapacitado por inventario que se unirá al expediente formado para su nombramiento, el cual se protocolizará en la escribanía pública del lugar del domicilio del incapacitado, ó en la que el juez designe si hubiere mas de una, ó no habiendo ninguna, en la de la cabeza del partido que designare. Artículos desde el 1248 al 1251. Además se dará á reconocer al curador nombrado como tal á quien corresponda, segun las circunstancias del caudal. Art. 1252.

En caso que se hubiere nombrado *curador ejemplar* á un huérfano menor ó á un incapacitado que hubieren quedado abandonados, se le discernirá tambien el cargo en los mismos términos, cuidando además el juez de que se le haga la entrega de los bienes de dichos huérfanos, como dispone el art. 1322.

- Finalmente, si se tratase de un *curador para pleitos*, bas-

tará para su discernimiento acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras que se han indicado, segun dispone el art. 1268, el cual, constándole al juez y no encontrando en él dificultad, le discernirá desde luego el cargo, como espresa el art. 1259, por no exigirse otro requisito sino el general de todos los otros tutores y curadores de haber de otorgar en el espediente la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente bajo su responsabilidad los deberes que le imponen las leyes, segun lo establecido en el art. 1269. Si sobre el discernimiento de este cargo se empenare cuestion, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el promotor fiscal. Artículo 1260.

En todos estos casos ha de constar al juzgado la capacidad de la persona nombrada, y á fin de que puedan cerciorarse de ella aquellos á quienes interesa, será conveniente que se designen las personas que pueden ó no ser nombrados para dichos cargos, lo cual será objeto de la siguiente seccion.

SECCION SEGUNDA.

De las personas que pueden ó no ser tutores ó curadores, y de las que pueden escusarse de estos cargos.

Resúmen.

§. I. Antecedentes para determinar las personas que ó son inhábiles, ó pueden escusarse de la tutela ó curatela.—§. II. Quiénes son inhábiles para estos cargos.—§. III. Quiénes pueden escusarse de admitirlos.—§. IV. Causas por qué no se admiten las escusas, y tiempo en que hayan de proponerse.—§. V. Cómo se sustancia el procedimiento en razon de las escusas de tutores ó curadores.

§. I.

Antecedentes para saber qué personas pueden ó no ser tutores y curadores, ó pueden escusarse de estos cargos.

Siendo el objeto de la tutela y curatela dirigir y defender bien y fielmente la persona del pupilo ó menor y sus intereses, era consiguiente que no se admitieran al ejercicio de estos cargos los que no pudieran llenar debidamente dichas obligaciones.

De estas personas, unas se hallan impedidas para ejercerlos, por incapacidad natural ó por la ley; y otras que aunque puedan desempeñarlos, no lo es sin grave detrimento, y de aquí el que puedan escusarse de su aceptación. Las causas por las que se escluyen los primeros del ejercicio de la tutela ó curatela, se llaman *incapacidades*; las de aquellos que quieren eximirse de estos cargos por tener en motivo justo, *escusas*.

En la jurisprudencia romana se espresaban unas y otras causas bajo esta última palabra, llamando á las primeras *escusas necesarias*, porque aprovechaban para no ser tutor la persona en quienes concurrían, aunque no alegara esta la incapacidad ó prohibición; y á las segundas, *escusas voluntarias*, porque solo servían para librarse de la tutela ó curatela, si se proponían en tiempo oportuno.

Pudiera muy bien usarse todavía de este lenguaje admitido

entre aquellos jurisconsultos para explicar esta parte del derecho; mas nosotros, atendiendo al significado natural de la palabra *escusa*, usaremos solamente de ella para denotar la exencion que pueden alegar los que se hallan en los casos designados por las leyes para no ser obligados á recibir la tutela; dejando la palabra *incapacidad* para espresar las causas que inhabilitan para ejercer este cargo, como lo hace tambien el nuevo Código, segun consta por solo el epígrafe de los capítulos VII y VIII, tít. VIII, lib. I (1).

Cuáles sean las causas que producen esta incapacidad, ó qué personas son inhábiles para desempeñar la tutela ó curatela, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. II.

Qué personas son inhábiles para el cargo de la tutela ó curatela.

Para que con facilidad puedan retenerse en la memoria las personas á quienes las leyes prohiben el ejercicio de estos cargos, reduciremos á dos las causas de la incapacidad, á saber: unas que provienen inmediatamente de la naturaleza, y otras de la ley.

No pueden ser tutores ó curadores por naturaleza.

1.º Los que tienen algun impedimento físico ó moral, como los son: lo sordos, mudos, ciegos, y los que padecen una enfermedad habitual ó crónica: los locos, imbéciles ó fátuos, los pródigos declarados judicialmente, y los sujetos de mala vida, y costumbres. Leyes 4.ª y 14, tít. XVI, Part. 6.ª

2.º Los menores de veinte y cinco años, escepto si fueren nombrados en testamento, aunque sin derecho aun en este caso para ejercer la tutela ó curaduría hasta que lleguen á la mayor edad, como dispone la ley 4.ª de este mismo título y Partida, y encargándose de ellas entre tanto otra persona nombrada por el juez si se trata de un impúber ó incapacitado, ó nombrándose él mismo, si fuese púber y no incapacitado, otro curador, en los casos y términos arriba manifestados.

(1) Arts. desde el 202 al 217.

No pueden serlo por incapacidad que proviene inmediatamente de la ley.

1.º Las mugeres, á no ser la madre y la abuela, que lo podrán ser por testamento, ó en calidad de legítimas, con tal que sean mayores de edad y renuncien al segundo matrimonio y á las leyes que les impiden obligarse por otros. Ley 4.ª, id. Sin embargo, en la actualidad podrán, aunque pasen á segundas nupcias, continuar desempeñando la tutela con dispensa del Rey, segun la ley de 14 de Abril de 1838; instruyendo el expediente oportuno con arreglo á lo que prescriben los artículos desde 1335 á 1349 de la ley de enjuiciamiento civil, cuyo contenido quedó explicado en el párrafo v de la lección 9.ª, y haciendo constar en él los extremos anotados en la Real orden de 12 de Abril de 1839, entre los cuales se cuenta el haberse de oír siempre á la persona que á falta de la madre debería entrar en el cargo de la tutela ó de la curatela.

2.º Los Obispos, los regulares y los eclesiásticos seculares; si bien podrán estos últimos ser admitidos á la tutela legítima si dentro de cuatro meses desde que supieron la muerte del padre del pupilo declarasen ante el juez de primera instancia respectivo que querian ser sus tutores, acreditando antes la defuncion del padre, su próximo parentesco con él, y el no haber hecho testamento ó no haberle nombrado tutor á su hijo. Ley 14, tit. xvi, Part. 6.ª

3.º Los deudores del pupilo ó menor, como asimismo los fiadores de aquellos, escepto si hubieren sido nombrados por el mismo testador, como dice la misma ley, ó importara poco la deuda, como añaden los autores.

4.º Los que tienen obligados sus bienes al Estado en calidad de administradores ó de recaudadores de las rentas públicas, y los caballeros ó militares, mientras se hallen empleados en el servicio de la armas. Ley 14, id.

5.º Los enemigos de los impúberes y menores, ó de sus parientes, por prohibirles la ley 1.ª, tit. xviii, Part. 6.ª, que puedan continuar en la tutela así que se descubra su enemistad, é igualmente aquellos de quienes se sospecha que no cumplirán bien con estos cargos, por haber educado mal á otros ó cometido faltas en la administracion de sus bienes, como añade la misma ley.

6.º Los que por sentencia han sido condenados en alguna pena que lleve consigo la privacion ó inhabilitacion de este cargo, tales como, por egemplo, los declarados reos de corrupcion de menores, y los que con abuso de autoridad ó encargo confiado cooperaran á este delito, ó á los de violacion, estupro y rapto, segun consta por los artículos 373 y 374 del Código penal.

A estos últimos pueden añadirse igualmente los sentenciados á pena que lleve aneja la interdiccion civil; pues, aun cuando el Código penal no los declara espresamente inhábiles para estos cargos, no parece justo que los que están privados de casi todos los derechos civiles puedan ser nombrados para desempeñar tales cuidados.

Estas mismas incapacidades son las que con muy pequeñas diferencias ha señalado el nuevo Código para determinar las personas que pueden ó no ser tutores y curadores (1), con la particularidad de hallarse mas bien espresadas que lo están por la actual legislacion, y no haber lugar á dudas como las que ofrecen continuamente las Partidas sobre si han de considerarse algunas de las incapacidades que refieren mas bien como *impedimentos* que como *excusas*.

Entre varios egemplos, podemos citar la cualidad de ser uno recaudador de rentas del Rey, que como *incapacidad* la presenta la ley 14, tit. xvi, y como *excusa* la 2.ª, tit. xvii, Part. 6.ª, del mismo modo que entre las excusas hay algunas que deben considerarse como impedimentos, y sin embargo no se consideran así, como podremos observarlo con la simple relacion de las personas que pueden excusarse de la tutela ó curatela.

§. III.

Qué personas pueden excusarse de ser tutores ó curadores.

Además de las personas á quienes se prohíbe la tutela ó curatela por hallarse comprendidas en alguno de los casos designados en el párrafo anterior, hay otras á quienes no puede obligárseles á la aceptacion de estos cargos si tienen para ello

(1) Art. 202.

una excusa justa. Se entiende por *justa excusa* la que está fundada en causas legítimas, propuestas por la ley con este objeto, las cuales son las siguientes:

- 1.^a La impotencia para la administracion de la tutela ó curatela.
- 2.^a La sospecha fundada de si se desempeñará esta debidamente.
- 3.^a Las consideraciones debidas á las personas, y la calidad del cargo que obtuvieren.

Excusas que nacen de la impotencia para la administracion.

Para determinar las excusas que nacen de la impotencia, hay que observar que esta puede provenir, ó de algun defecto intrínseco á la persona, ó de una causa exterior á ella.

Los que pueden excusarse por algun defecto intrínseco, son, segun la ley 2.^a, tít. xvii, Part. 6.^a, los siguientes:

- 1.^o Los mayores de setenta años.
- 2.^o Los que padecen una enfermedad crónica ó habitual.
- 3.^o Los que no sepan leer ni escribir, particularmente si fuere muy estensa y complicada la tutela ó curatela.

Por alguna causa exterior pueden excusarse, segun las leyes 2.^a y 3.^a del mismo título y Partida:

- 1.^o Los pobres, si son tales que se vean precisados á vivir del trabajo de sus manos.
- 2.^o Los que tuvieran ya tres tutelas ó curatelas, para recibir ó encargarse de otra.
- 3.^o Los que han sido tutores del pupilo, para continuar de curadores.
- 4.^o Los recaudadores de rentas reales, y los que por servicio del Rey ó del Estado tienen que residir en la corte ó en otro punto que se les hubiere designado.

5.^o Los enviados por orden del Rey ó de su Gobierno para desempeñar alguna comision ó embajada, mientras estuvieren ausentes, y un año despues de su regreso, entendiéndose esta excusa para no admitir la tutela ó curatela á que hubieren sido nombrados en todo este tiempo; pero no para excusarse de continuar en la que ya tenian, que será desempeñada por otro durante su ausencia, al cual, aunque atendido el contexto de la

ley 3.^a citada basta que el tutor ausente le delegue sus facultades por medio de poderes que otorgue, nos parece mas propio que lo verifique con intervencion y aprobacion del juez, ante quien ha de acreditarse la causa que le obliga á ello, y la aptitud de la persona que le ha de sustituir.

Escusas que nacen de sospechas en la administracion.

Por razon de esta causa pueden escusarse los siguientes:

1.^o Los que hubieren tenido enemistad capital con el padre del pupilo ó del menor, sin haberse reconciliado con él. Ley 2.^a tit. xvii, Part. 6.^a

2.^o Los que tuvieren pleito sobre todos ó gran parte de los bienes del huérfano. Ley id.

3.^o Los maridos para ser curadores de sus mugeres menores, si bien están facultados en llegando á los 18 años para la administracion de los bienes suyos y de su esposa, segun la ley 7.^a tit. ii, lib. x, Novís. Recop.

Escusas que se fundan en ciertas consideraciones debidas á las personas.

Pueden escusarse por esta causa en virtud de las leyes 4.^a y 3.^a, tit. xvii, Part. 6.^a, los siguientes:

1.^o Los profesores que con título Real desempeñan la enseñanza de la Gramática, Retórica, Medicina ó Jurisprudencia.

2.^o Los magistrados y jueces en actual ejercicio, si durante este cargo fueren nombrados tutores ó curadores; pero no podrán escusarse de continuar en la tutela ó curatela que ya tenían antes de la judicatura, si residieren en el mismo punto que el pupilo.

3.^o Los que están junto á la persona del Rey en clase de Consejeros suyos.

4.^o Los que tienen cinco hijos legítimos, ó los que hayan tenido, si hubieren perecido en batalla en defensa del Estado.

A estos pueden añadirse los casados en los cuatro primeros años de su matrimonio, segun se deduce de la ley 7.^a, tit. ii, lib. x, Novís. Recop.: los militares, aunque no estuvieran en activo servicio, como espresa el art. 1.^o, tit. i, tratado 8.^o de las Ordenanzas del ejército; y antes del año 1834 los que tenían doce ó mas yeguas de vientre, segun consta de la ley 3.^a, tit. xxix, lib. vii, Novís. Recop.

Fuera de estas tres últimas excusas mencionadas, en las demás existe una semejanza muy marcada con las que designa el nuevo Código (1); y en una y otra legislación se halla establecido, que en tanto sirven para libertarse del cargo de tutor ó de curador, en cuanto no existe ninguna justa causa para no ser admitidas.

Cuáles sean estas justas causas, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. IV.

Causas por que no se admiten excusas á los tutores ó curadores.

Aunque las leyes consideran como justas para eximirse del cargo de tutor ó de curador las excusas que hemos referido, sin embargo, para que puedan ellas aprovechar es necesario, cómo espresa tambien el nuevo Código (2), que concurren las circunstancias siguientes:

1.º Que no intervenga ningun motivo para que se denieguen.

2.º Que se hayan presentado en tiempo oportuno.

Los motivos para no admitirse las excusas son tres:

Primero, si el nombrado hubiere prometido de antemano al padre del pupilo ó menor, de que no haria uso de la excusa que le correspondiese.

Segundo, si teniendo excusa legítima, admitiere la tutela; pues entonces se entiende que renuncia á la exencion que le concede la ley (3).

Tercero, si aceptó el legado ó manda que le dejó el testador, cuando se la señaló con la condicion que el nombrado por él admitiera este cargo. Véase en defecto de leyes pátrias la ley 29 de *testam. tutela*, la 5.ª de *his, quæ ut indignis*, y otras de estos mismos títulos del Digesto.

Aun no existiendo estos motivos, que es la 1.ª circunstancia podrá no admitirse la excusa cuando no se hubiere hecho uso de esta facultad en el tiempo prescrito por la ley para proponerla.

Este tiempo es el de cincuenta dias, contados desde que

(1) Art. 210.

(3) Art. 211.

(2) Artículos 211 y siguientes.

tuvieren los nombrados noticia de su nombramiento, si están en el mismo lugar en que se hizo, ó en otro que no diste de este mas de cien millas, ó de treinta y tres leguas y un tercio; mas si estuvieren en otro lugar mas distante, tendrán treinta dias para proponerlas, y además un dia por cada veinte millas de distancia, ó sean seis leguas y dos tercios; pero de modo que no haya de bajar el total, segun esta cuenta, de cincuenta dias, pues de otro modo podia suceder á las veces que el que se hallara á mayor distancia tuviera menos término que el mas cercano para proponerlas, lo cual no parece conforme al objeto que se propuso la ley 4.^a, título XVII, Part. 6.^a, que es la que hizo dichos señalamientos.

Esta obligacion de haber de proponer las excusas para eximirse del cargo de tutor ó de curador se entiende generalmente respecto de los llamados *testamentarios* y *dativos*, pero no de los *legítimos*, por no estar tenidos estos á encargarse de la tutela llamada *legítima* si no quisiesen, como espresa la ley 12, tit. xvi, Part. 6.^a

Sin embargo, como al mismo tiempo les impone la ley citada la obligacion de haber de pedir al juez que nombre á otra persona para la guarda del pupilo, bajo la pena, no haciéndolo, de quedar privados del derecho de heredarle *ab intestato*, diremos que si en este caso designa el juez á los parientes, con arreglo á lo prevenido en el art. 1226 de la ley de enjuiciamiento, deberán, si quieren eximirse de este cargo, alegar alguna causa justa de excusa, del mismo modo que lo deben hacer cuando el menor, en uso de las facultades que le competen segun los artículos 1238 y 1239, les nombrara por sus curadores.

En estos casos, pues, regirá con respecto á los tutores legítimos el tiempo marcado por las leyes para proponer las excusas; por manera que si pasaran dichos términos sin haber alegado ninguna, perderán su derecho tanto ellos como los demás tutores y curadores, y serán compelidos á aceptar estos cargos, del mismo modo que si habiéndose seguido espediente para su exoneration causare ejecutoria la sentencia que se hubiere pronunciado declarando no haber lugar á la excusa.

Cómo se sustancia este espediente, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

Diligencias que comprende el procedimiento para eximirse del cargo de tutores ó de curadores.

Segun lo dieho en el párrafo anterior, para que los tutores y curadores no sean compelidos á desempeñar su encargo deben antes de aceptarlo proponer su escusa ante el juez de primera instancia del lugar en donde se hubiere hecho el nombramiento.

Para ello presentarán los nombrados un pedimento acompañando los documentos en que se funde la escusa que traten de proponer, ú ofreciendo para probarla una sumaria informacion; pidiendo por conclusion que se les admita la escusa propuesta, y que en su virtud se les exonere del cargo y se nombre otro tutor ó curador en su lugar.

El juez, ante todo, proveerá al huérfano de un curador para pleitos en la manera prevenida por la ley de enjuiciamiento civil en los artículos desde el 1253 al 1260, y discernido á este el cargo con arreglo á la misma, le dará traslado de la pretension que se hubiere entablado por los tutores ó curadores nombrados para que esponga sobre ella cuanto se le ofrezca.

En caso que el tutor ó curador nombrado hubiere ofrecido sumaria, mandará suministrarla con dicho curador para pleitos, y sustanciándose el espediente con ambos, dará su sentencia así que se halle suficientemente instruido, declarando haber ó no lugar á la escusa propuesta, y relevándole en su consecuencia del cargo, ó mandando que lo acepte dentro de un breve término.

Este juicio será instructivo y sumario, y no podrá durar mas de cuatro meses, que se contarán desde el mismo dia en que empezó á correr el tiempo para proponer la escusa hasta que se diere la sentencia, de la que podrá interponer apelacion la parte que se sintiere agraviada, como es de ver por la ley 4.^a, tit. xvii, Part. 6.^a

Si el tribunal superior desechara la escusa, deberá apremiarse al tutor ó curador á que admita este cargo, condenándole en los daños causados por la no admision, desde el dia en que fue nombrado hasta el en que se dió la última sentencia, segun dispone la ley 8.^a, tit. xxiii, Part. 3.^a

En cuanto á las incapacidades, es obligacion del juez el cerciorarse si los nombrados reunen las condiciones necesarias para el desempeño de su cargo, y en caso de no reunir las, podrá negar el discernimiento, exigiendo de los menores que nombren otro en su lugar, si se tratase de un *curador para los bienes*, ó nombrando el juez de por sí al que estimare mas á propósito para desempeñar el cargo del curador inhábil si la curatela fuese *ejemplar*, como consta de los artículos 1239 y 1245.

Además de las facultades que residen en el juez para negar el discernimiento de los tutores ó curadores que no fueren hábiles para el desempeño de sus cargos, tienen tambien derecho los menores para oponerse al nombramiento de curadores *ad bona* hecho por su madre ó por la persona que les haya instituido herederos, ó dejádoles manda de importancia, como aparece del art. 1236; é igualmente lo tienen los promotores fiscales, tanto por razon de su ministerio, como tambien en calidad de representantes de los menores en los casos prevenidos en los artículos 1236 y 1260.

Finalmente, cualquiera otra persona podrá alegar ó denunciar al juez las incapacidades ó defectos de los tutores y curadores, supuesto el derecho que tienen todos los del pueblo para acusar al tutor y curador como sospechoso para su remocion, segun consta de la ley 2.^a, tit. xix, Part. 6.^a

La cuestion que en tales casos se empenare se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor, si este se hubiere opuesto, las personas designadas en el párrafo II del artículo 1236, segun el órden que en el mismo se previene, ó haciendo sus veces desde luego el promotor fiscal si la cuestion versare sobre el discernimiento del curador para pleitos, como dispone el art. 1260.

No teniendo ningun impedimento la persona nombrada para ejercer el cargo de tutor ó de curador, ni comprendiéndole ninguna de las causas que proponen las leyes para escusarse de él, deberá procurar desde luego su buen desempeño, cumpliendo las obligaciones anejas al mismo, que será el objeto de la tercera seccion.

SECCION TERCERA.

De las obligaciones de los tutores y curadores.

Resumen.

§. I. Necesidad de leyes que determinen las obligaciones de los tutores, y clases en que se dividen.—§. II. Obligaciones de los tutores antes de encargarse de su administracion. §. III. Cuáles son las que tienen que desempeñar durante el ejercicio de su cargo, relativamente á la persona del pupilo ó menor.—§. IV. Cuáles durante el mismo tiempo con respecto á sus bienes.—§. V. Cuáles despues de concluida la tutela ó curatela.—§. VI. Disposiciones generales para llevar á efecto lo que las leyes prescriben á los tutores y curadores.—§. VII. Cuáles son los derechos de estos sobre los bienes de los pupilos ó menores.

§. I.

Necesidad de leyes que determinen las obligaciones de los tutores y curadores, y su clasificacion.

La vigilancia de la ley respecto á los huérfanos incapaces para gobernarse por sí seria ilusoria si se hubiera limitado solamente el legislador á la institucion de los oficios de tutor y curador. Por desgracia, es demasiado frecuente en los hombres el faltar al cumplimiento de sus deberes, y las promesas mas sagradas no han impedido, sin embargo, que dejasen de convertir en utilidad propia lo que solo está destinado para un objeto de bien general ó comun.

Esto, que en el desempeño de los cargos públicos administrativos se ha visto algunas veces observado, á pesar de los medios que establecen las leyes para evitarlo puede ocurrir mas frecuentemente en un tutor ó curador con respecto al pupilo ó menor que tuviere en guarda, y por lo mismo justo era rodear de ciertas precauciones su administracion.

A esto tienden las obligaciones que la ley impone á los tutores y curadores; y para que con facilidad puedan ellas determinarse, las dividiremos en tres clases, á saber:

1.^a De las que preceden á la administracion de la tutela ó curatela.

2.^a De las que van inherentes al ejercicio de estos cargos.

3.^a De las que no son mas sino una consecuencia de esta administracion.

De cada una de estas trataremos con separacion, empezando por las que preceden al ejercicio de la tutela ó curatela.

§. II.

Obligaciones de los tutores y curadores antes de encargarse de su administracion.

Cuatro clases de obligaciones exigen las leyes de parte de los tutores y curadores en el tiempo que precede á su administracion, á saber:

1.^a Pedir el discernimiento, ó que el juez les habilite para desempeñar estos cargos.

2.^a Dar fianzas para asegurar el caudal que haya de entregárseles, si no se les ha relevado de esta obligacion.

3.^a Prestar juramento de que los desempeñarán bien y fielmente.

4.^a Formar inventario de los bienes del pupilo ó menor. Leyes 6.^a, 8.^a, 9.^a y 15, tit. xvi, Part. 6.^a

Pedir el discernimiento.

Cualquiera que sea el juicio que se haya formado acerca de la clase de tutores en quienes lo exige la ley, es de tal necesidad este requisito, que sin él no podrán tener representacion en el foro los tutores y curadores, como digimos en el párrafo x, seccion 1.^a de esta leccion.

Para cumplir con esta obligacion, manifestamos ya en el mismo párrafo y en el siguiente las diligencias que cada uno de ellos, cualquiera que fuese su clase, debia practicar. Solo falta que veamos en este lugar las seguridades ó precanciones que ha de tomar el juez, con arreglo á las leyes, á fin de que recaiga su aprobacion en persona competente, y se halle suficientemente atendido el huérfano en su persona y bienes.

Una de las seguridades es la de haber de afianzar el cargo los tutores y los curadores, y de aquí la segunda obligacion de estos, que es:

Dar fiadores.

Es un principio de derecho consignado en la Regla 25 del ál-

timo título del Digesto, *que es mayor la seguridad ó garantía que prestan las cosas que las personas*, y por lo mismo una de las precauciones que no podia menos de adoptar el legislador es la de haber de afianzar los tutores á las resultas de su administracion.

No obstante este principio, los romanos ni exigian la fianza pignoraticia ó hipotecaria, que es la que se deduce de dicha regla, ni tampoco obligaban á afianzar á todos los tutores y curadores, sino únicamente á aquellos en quienes recaia alguna sospecha, cuales eran los tutores legítimos, los nombrados por sus magistrados menores, y los que se ofrecian á la administracion, ora fuesen testamentarios, legítimos ó dativos; quedando por la misma razon exentos de prestar fianzas los nombrados por el padre en testamento, por creerse que se hallaba este bastante asegurado de su honradez y aptitud, y los nombrados por los magistrados mayores, porque á su nombramiento precedia una informacion de sus costumbres, y solo eran elegidos los que eran dignos de confianza.

Algunos suponen que las Partidas, siguiendo en esta parte á las leyes romanas, solo las exigian de los tutores legítimos, y no de los testamentarios, fundándose para ello en no aparecer tal obligacion en las leyes en que se trata del nombramiento de tutores testamentarios, y si solo en la ley 9.^a, tit. xvi, Part. 6.^a, en la que se trata de tutores legítimos; pero como en la ley 94, tit. xviii, Part. 3.^a, al presentar el modelo de una escritura de aceptacion del cargo de tutor, otra de las cláusulas que contiene es la de haber dado fiador los tutores que figuran nombrados por el que era padre del huérfano, nos hace dudar de la certeza de dicha suposicion.

Como quiera que sea, en la actualidad ha quedado ya determinada de un modo claro y terminante esta obligacion, como es de ver por la ley de enjuiciamiento civil, cuyas disposiciones reduciremos á las reglas siguientes:

1.^a Que todos los tutores legítimos y curadores ejemplares están obligados á afianzar. Artículos 1227, 1248 y 1249.

2.^a Que lo están tambien los tutores y curadores testamentarios, escepto si al nombrarles el padre, la madre ó la persona que haya instituido heredero al huérfano ó dejándole manda ó legado de importancia, les hubiere relevado de dar

fianzas. Artículos desde 1219 al 1222, y desde 1231 al 1234.

3.^a Que á los nombrados por la madre ú otra persona que haya instituido heredero ó dejádole manda al menor, aun cuando hayan sido relevados de las fianzas, puede exigir las el juez, si á su juicio no ofrecen garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregárseles. Artículos 1223 y 1235.

4.^a Que tambien las haya de prestar el curador *ad bona* nombrado por el menor, cuando el padre, madre ú otro que le haya instituido heredero ó dejádole manda no se lo hubieren nombrado. Art. 1240, 41 y 42.

5.^a Que todos los tutores y curadores dativos hayan de afianzar, escepto el curador *para pleitos*, el cual basta que acredite su nombramiento de cualquiera de los modos que hay consignados. Art. 1268.

6.^a Que las fianzas en los casos en que deban darse sean hipotecarias. Art. 1265.

La ley hipotecaria ha establecido asimismo en favor de los menores é incapacitados, una hipoteca legal sobre los bienes de sus tutores ó curadores, por los que estos hubieren recibido de ellos, y por la responsabilidad en que incurrieren; prescribiendo además, que en los casos en que aquellos están obligados á afianzar, constituyan hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda, con sujecion á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil (tít. 3, parte 2.^a); y si dicha hipoteca llegare á ser insuficiente, deja al prudente arbitrio del Juez, ó exigir ampliacion de la fianza, ó adoptar las providencias que estime oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado.

En todos los casos en que se exigen fianzas á los tutores y curadores, su entidad debe ser proporcionada al caudal del pupilo, menor ó incapacitado, con exclusion de los bienes inmuebles que tuvieren, estendiéndose igualmente al sobrante que quedare de las rentas ó producto de dicho caudal despues de rebajada la cantidad señalada para alimentos y el tanto por ciento de la administracion, si el juez no ha declarado antes que el desempeño de este cargo se entienda de *frutos por pension*, como luego esplicaremos. Artículos 1266 y 1267.

Para fijar, pues, su importe, así como para la apreciacion

y aprobacion de las fianzas que se dieren, se instruirá un expediente en el que se dará audiencia al promotor fiscal del juzgado, á no ser que tratándose de las que han de prestar los tutores y los curadores *para los bienes*, tuviera el menor ó pupilo con anterioridad un curador *para pleitos*, que entonces se oirá á este en lugar del promotor. Artículos 1224, 1225, 1240 y 1241.

Si fueren curadores *ejemplares*, el importe de las fianzas y su aprobacion se determinará siempre con audiencia del ministerio fiscal. Art. 1248.

Dada y aprobada la fianza, la cual ha de otorgarse en escritura pública, cuya copia ha de presentarse al Juez, por medio de pedimento exige la ley 9.^a, tit. xvi, Part. 6.^a, que *juren los guardadores de hacer todas las cosas que sean á pró de los huérfanos*; y de aquí la tercera obligacion, que es:

Prestar juramento.

Este, si se atiende á las leyes de Partidas, no es obligatorio en todos los tutores, puesto que, segun ellas, tampoco es general el discernimiento que precede al cargo de la tutela. Sin embargo, como en la práctica deben todos los tutores obtener el discernimiento, al menos para su representacion en el foro, segun se dijo en el párrafo x de la seccion 1.^a de esta leccion, es consiguiente el que todos, incluso los curadores *para pleitos*, hayan de cumplir con esta obligacion.

Su objeto es asegurar por este medio el buen desempeño de la tutela ó curatela, el cual se conseguiria ciertamente si los hombres fueran tan buenos como es de desear; pero como en los mas de ellos sobrepuja el interés á la fuerza de esta promesa sagrada, de aquí el ser muy poca su utilidad.

Atendiendo á esta observacion, es porque al parecer no se halla espresada esta circunstancia en la ley de enjuiciamiento civil; pero, en su lugar, exige ella que, aprobadas las fianzas, otorguen los tutores y curadores nombrados en el mismo expediente la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo bajo la responsabilidad que las leyes imponen, estendiéndose en seguida la diligencia del discernimiento, en la cual se hacen constar las facultades que dá el juez á los nombrados para representar á los pupilos y menores y para

cuidar de sus personas y bienes. Artículos 1269 y 1260.

Como para el cuidado de estos es necesario que se les haga la entrega de los mismos, de aquí la cuarta obligacion, que es:

Formar inventario.

Se entiende en general por inventario *el instrumento en que se escriben ó anotan los bienes de alguno en caso de muerte, ó por razon de tutela, embargo ú otro cualquier motivo.* Leyes 99 y 100, tit. xviii, Part. 3.^a, y 5.^a, tit. vi, Part. 6.^a

Se divide en *judicial* y *estrajudicial*, segun que intervenga ó no el juez en su formacion; y este último en *simple* ó *solemne*, de los cuales el primero consiste en una sencilla descripcion ó nómina de los bienes, hecha por los mismos interesados, cuando el segundo debe hacerse con asistencia de escribano público, y con las demás formalidades que se exigen en los respectivos casos, como manifestaremos en los lugares correspondientes.

El que han de formar los tutores debe ser solemne ó ante escribano público, como dice la ley 15, tit. xvi, Part. 6.^a, la cual, aun cuando añade que haya de hacerse con otorgamiento del juez, esto ha de entenderse, segun la glosa de Gregorio Lopez, para el caso de que haya de hacer fé contra los deudores, cuyos nombres se escriban en él; pero no fuera del caso espresado.

A esta obligacion se hallan tenidos todos los tutores, como asimismo los curadores *ad bona* y los *ejemplares*, siendo tal su necesidad que sin él podrán ser removidos del cargo como sospechosos, segun dispone la ley 15 citada.

La ley de enjuiciamiento civil solo exige esta obligacion en los curadores *ejemplares*, diciendo de ellos que discernido el cargo se les hará entrega del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al espediente, segun espresa el art. 1250: pero á nuestro parecer no es porque escluya la ley de esta obligacion á los demás tutores y curadores, escepto los que sean *para pleitos*, sino porque en los que no son *ejemplares* le supone ya hecho á consecuencia de los autos de testamentaria ó *ab intestato*.

Solo en el caso en que los pupilos ó menores carecieran de

bienes, ó hubiera otra causa justa, es como podrán ser dispensados los tutores de esta obligacion, como dispone la mencionada ley 15 de Partidas, y aun entonces deberán hacerlo presente al juez para que puedan alejar de sí toda sospecha.

Algunos pretenden que el padre puede relevar á los tutores de esta obligacion; más esta práctica, que encontramos admitida en derecho romano, no nos parece muy conforme, por darse lugar con ella á la ocultacion de bienes en detrimento del pupilo. Si no obstante ello apareciese un caso de esta naturaleza, que el escribano debe á toda costa impedir, entendemos que el juez podrá obligar al tutor á que forme por lo menos una descripcion de los bienes de que se hace cargo, como preliminar de la dacion de cuentas y devolucion del sobrante.

Sin embargo de reconocer todos su necesidad, la ley no prefija tiempo para empezarlo y concluirlo; pero la práctica tiene admitido que el tutor se entregue de los bienes por inventario antes de entrar en el egercicio de su cargo, obligándose á responder de ellos en el instrumento que para el acto de su recibo se otorga.

Prescindiendo del tiempo en que ha de formarse, es tal su fuerza, que, una vez hecho, no se permite á los tutores que puedan contradecirlo, como disponen las leyes 99 y 120, título xviii, Part. 3.^a

En el nuevo Código encontramos que puede hacerse la misma clasificacion que la que hemos presentado al final del párrafo anterior relativamente á las obligaciones de los tutores y curadores, hallando confirmadas en él particularmente la obligacion de afianzar y la de formar inventario, aunque bajo la base de haber de intervenir el consejo de familia en estos actos, como uno de los oficios de esta institucion (1).

Siguiendo, pues, el órden con que hemos clasificado las obligaciones de los tutores, tanto con arreglo al nuevo Código, como relativamente á la legislacion actual, diremos que, formado ya el inventario, si no lo impidiere alguna justa causa, puede ya el tutor entregarse esclusivamente al egercicio de su cargo; y para que este lo desempeñe debidamente, las leyes le prescriben ciertas obligaciones que espondremos á continuacion.

(1) Artículos desde el 223 al 228, 1790, y desde 1832 al 1838.

§. III.

Obligaciones de los tutores y curadores relativamente á las personas del pupilo ó menor durante el egercicio de su cargo.

Dos son los objetos á que se refieren las obligaciones que las leyes prescriben á los tutores y curadores durante el desempeño de su cargo, á saber: la persona y los bienes del pupilo ó del menor. Ambos objetos deben ser atendidos con igual esmero, tanto por los tutores como por los curadores egemplares, dirigiéndose mas bien esta vigilancia en los demás curadores á los bienes del menor, por ser solo indirecta y moral la que tienen sobre sus personas.

Empezando, pues, por las obligaciones que tienen que cumplir los primeros con la persona del huérfano, estas se dividen en dos clases, á saber: unas que se refieren á su manutencion, y otras á su educacion y defensa. Las que se refieren á la manutencion se hallan reducidas, segun espresa la ley 16, tit. xvi, Part. 6.^a, á dar al pupilo ó menor *de comer y de vestir, y las otras cosas que hubiere menester, con proporcion á los bienes que hubiere recibido.*

La cantidad que con este objeto ha de invertir la señalará el juez, segun su prudente arbitrio y la riqueza del huérfano, debiéndose procurar que salga de los frutos ó rentas que produzcan sus bienes, á fin de que quede salvo su capital. Esceptuase el caso en que se creyera que podria venirle daño al pupilo en descubrir su riqueza ó pobreza, que entonces deberá alimentarle el tutor de sus propios bienes, con derecho á recobrar despues del pupilo lo que hubiere gastado por este respecto. Ley 20, tit. xvi, Part. 6.^a

Antes de la ley de enjuiciamiento civil, los autores concedian al testador la facultad para hacer dicho señalamiento en los términos que á ellos les pareciese, hasta el punto de poder mandar que se invirtieran para ello todos los frutos, que es lo que en práctica se decia: *señalar frutos por alimentos.*

Por nuestra parte, siempre hemos creido que podia admitirse esta doctrina con tal que interviniera la autoridad judicial, y asi al efecto lo vemos sancionado en la referida ley, como consta de los artículos 1261 y 1262, en los que, despues de

decir que pertenece al juez señalar antes de discernir el cargo á los tutores y curadores lo que el pupilo menor é incapacitado deban consumir en sus alimentos y educacion, añade, que pueda declarar tambien el juez, teniendo en consideracion la entidad del caudal del huérfano, y oyendo al promotor fiscal, el que el tutor ó curador haga suyos los frutos y rentas de los bienes del menor, con la obligacion de suministrarle los alimentos, que es lo que designa la misma ley con la frase *de dar frutos por pension*.

En caso de señalar el juez una cantidad determinada para alimentos y un tanto por ciento por administracion, se agregarán á la masa del caudal del menor sus productos íntegros, sirviendo de descargo en sus cuentas al tutor ó curador lo invertido en estos objetos, como dispone el art. 1263.

Tales son las disposiciones del derecho con respecto á la obligacion relativa á la manutencion del pupilo, menor é incapacitado, las mismas que hallamos tambien confirmadas en el nuevo Código, sin mas diferencia que la de haber de contar en algunos casos con el consejo de familia (1).

El otro objeto á que se refieren las obligaciones del tutor ó curador para con su pupilo ó menor, es la educacion.

La ley 16, tít. xvi, Part. 6.^a, prescribe cuanto hay que desear para que sea completa la educacion del huérfano, imponiéndole al tutor la obligacion de cuidar que *el mozo aprenda buenas maneras*, ó como dice el nuevo Código (2), que se le instruya en los principios de sana moral, y que no le falte á la obediencia y respeto debido, con facultad de corregirle en caso contrario, aunque con moderacion. Además, continúa dicha ley, que deba enseñarle á leer y escribir, y últimamente, dedicarle á un oficio ó profesion adecuada á las circunstancias de su nacimiento y riqueza ó facultades; como espresa el nuevo Código, no sin hacer al mismo tiempo algunas otras advertencias (3).

Aunque sean tales las obligaciones del tutor relativamente á la educacion del huérfano, no por ello ha de inferirse que este

(1) Artículos 220, 221 y 222.

(2) Art. 219.

(3) Artículos 220, 222 y 227.

haya de vivir en su compañía; y la regla que en esta parte ha de seguirse es, que si el padre señaló el lugar y las personas que le hubieren de tener en su poder, deberá fiar á estos la crianza del pupilo, y no habiéndose hecho esta designacion, le deberá tener la madre en su compañía mientras se mantenga viuda, si fuere de buena conducta, ó en su defecto, nombrará el juez la persona que se encargue de este cuidado, no siendo su heredero inmediato, como dice la citada ley, si bien parece lo mas conforme que lo sea entonces el tutor, aun cuando tuviera tal derecho, si no hubiere contra él ninguna reclamacion.

Finalmente, en cuanto á la defensa del huérfano, es obligacion del tutor y curador cuidar y defender su persona, y representarle en todo acto civil en juicio y fuera de él, como dispone igualmente el nuevo Código (1); advirtiéndose, que la sentencia que se diere contra estos representantes ha de ejecutarse en los bienes del huérfano, como dice la ley 17, tit. xvi, Part. 6.^a

Consiguiente á esta obligacion, es la de haber de intervenir el tutor en todos los actos civiles en que puedan ser perjudicados los huérfanos; pero con la circunstancia de que á medida que vayan estos adelantando en edad y desarrollándose su juicio, se les hayan de tener mayores consideraciones, para lo cual servirán las siguientes reglas:

1.^a Que el huérfano menor de siete años, y el incapacitado, nada pueden hacer, ni aun con autorizacion del tutor ó curador.

2.^a Que los mayores de siete años hasta los catorce ó doce, segun que fueren varones ó hembras, y los mayores de estas edades que tuvieren curador, puedan hacer mejor su condicion, pero no obligarse sino con otorgamiento de sus guardadores.

3.^a Que los mayores de catorce y doce años que no tengan curador puedan por sí celebrar contratos y obligarse, salvo el beneficio de restitucion; pero no comparecer en juicio ni como demandadores ni demandados, escepto para el acto en que hayan de pedir curador *para los bienes* en el caso que espresa el art. 1237 de la ley de enjuiciamiento, ó cuando lo hayan de nombrar *para pleitos*, segun el art. 1256, ó finalmente, si las causas en que estuvieren interesados fueren espirituales y bene-

(1) Art. 218.

ficiales, como dispone el capítulo último de *indic.* in 6.º, y enseñan además los prácticos.

Así aparece de las leyes 4.ª y 5.ª, tit. xi, Part. 5.ª, y 13 y 16, tit. xvi, Part. 6.ª, como igualmente de la doctrina que emitimos al final del párrafo v de la lección 3.ª, y constará mas determinadamente al tratar de cada uno de los actos y contratos en que haya necesidad de espresar la edad de las personas que pueden intervenir en ellos, ó por sí, ó representando á estas sus tutores ó curadores.

Con lo dicho quedan manifestadas las obligaciones que tienen que cumplir los guardadores relativamente á la persona del huérfano: solo falta que veamos las que se refieren á sus cosas ó bienes.

§. IV.

Obligaciones de los tutores ó curadores relativamente á los bienes del pupilo ó menor.

Las obligaciones de los tutores y curadores con respecto á los bienes del huérfano son, generalmente hablando, el haber de proceder con el mayor esmero y cuidado en su administracion, procurando su conservacion y aumento como si fueran suyos propios, y haber de defenderlos judicial y estrajudicialmente.

Como consecuencia de la primera obligacion, podrán vender los frutos en tiempo oportuno, arrendar las fincas, hacer de por sí en ellas los reparos necesarios, no siendo muy cuantiosos, y aceptar en nombre del pupilo ó menor las herencias que les pertenecieren; pero no podrán ellos de por sí, ni tampoco los menores con solo el consentimiento de los tutores ó curadores, proceder á la venta de sus bienes raices, derechos de cualquiera clase, alhajas de plata, oro y piedras preciosas, ó bienes inmuebles, y los muebles que puedan conservarse sin menoscabo, como espresa el artículo 1401 de la ley de enjuiciamiento civil; ni constituir dotes, hacer donaciones, hipotecar, transigir, ni otra cualquiera especie de enagenaciones de bienes raices, como dice la ley 18, tit. xvi, Partida 6.ª, y confirman además los artículos 1401 y 1411 de la ley de enjuiciamiento, sin que concurra una causa

justa y se haya obtenido la aprobacion judicial, y tratándose de hipotecas, se hayan además observado en su constitucion, las formalidades que prescriben las leyes para la enagenacion de los bienes de menores. (Art. 107 de la Ley Hipotecaria.)

En el primer caso ó sea cuando solo se trate del cuidado y conservacion de los bienes del huérfano, la prudencia y celo del tutor es la que debe dirigir su conducta, no estando tenido á otras formalidades sino á las que en caso de venta de bienes que no sean inmuebles estén admitidas en la localidad en que haya de verificarse, procurando que se haga esta con las solemnidades posibles, como dispone el art. 1408 de la ley de enjuiciamiento; mas en el segundo caso, ó cuando se trate de enagenar, transigir ó hipotecar, como no puede proceder á la práctica de los actos espresados sin obtener antes la licencia judicial, se hace necesario tener presente ciertos requisitos para que pueda el juez decretarla en utilidad del huérfano.

Estos, segun la ley citada, ó son comunes á todo acto en que haya de obtenerse la licencia judicial, ó propios solo del caso en que haya de procederse á la venta de bienes inmuebles de los menores, ó á transigir sobre algunos de sus derechos.

Los comunes á todos, son: la sumaria informacion que ha de ofrecerse por escrito en crédito de la necesidad ó utilidad que reporta al menor la celebracion de este ó el otro acto, para que en su vista pueda acordar el juez su autorizacion; y los propios del caso en que haya de procederse á la venta ó transaccion, son los siguientes:

Para la venta.

1.º Que la pida por escrito el tutor del menor, ó este asistido de su curador.

2.º Que se espresé, tanto el motivo de la enagenacion, como el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga de la venta.

3.º Que se justifique la necesidad ó utilidad de esta por medio de sumaria informacion.

4.º Que se oiga sobre ello al curador *para pleitos* si lo tuviere nombrado con anterioridad, y en su defecto al promotor fiscal. Art. 1402.

Dada la justificacion, decidirá el juez si ha de otorgar ó

negar la licencia que se pidiere; advirtiendo que la providencia que sobre la autorizacion se dictare, será apelable en ambos efectos. Arts. 1403 y 1404.

Si se decidiere por la autorizacion, mandará que se saquen á subasta los bienes del menor por espacio de treinta dias que señala la ley 60, tit. xviii, Part. 3.^a, previo avalúo que ha de verificarse por peritos nombrados por el juez si se tratare de bienes inmuebles, y verificado el remate, se adjudicarán al mejor postor, con tal que cubra el valor en que se hubieren justipreciado. Arts. 1405 y 1406. Si en esta subasta no hubiere habido postor, podrá verificarse nuevo avalúo y abrirse segundo remate, el cual deberá repetirse si en la segunda ó cualesquiera otras subastas que puedan hacerse no se presentaren tampoco licitadores. Art. 1407.

Aprobado el remate, cuando se cubra por lo menos la cantidad en que se justipreciaron los bienes en el último avalúo, lo aprobará el juez, dando la licencia para que se otorgue escritura pública á favor del comprador, en la que se insertarán todas las diligencias practicadas, como espresa muy por estenso la ley 60, tit. xviii, Part. 3.^a

Con el otorgamiento de la escritura queda terminada la venta judicial; pero al mismo tiempo procurará el juez, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido por ella la aplicacion que se indicó al solicitarse la autorizacion, entregándolo con este objeto al tutor ó curador, si estuvieren relevados de fianza ó fueran suficientes las que tengan prestadas, ó en caso contrario hacer que se deposite en el establecimiento público en que se constituyan los depósitos judiciales. Artículos 1409 y 1410.

Requisitos para la transaccion.

Para conceder autorizacion á fin de transigir sobre derechos de los menores ó incapacitados, se necesitan los mismos requisitos que para la venta de los bienes inmuebles de estos, como dispone el art. 1411; pero además ha de tenerse presente que para justificar la necesidad ó utilidad de la transaccion deberá oírse á lo menos la opinion de tres letrados en egercicio de su profesion, á los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes para que puedan formar su juicio y emitir su dictá-

men con el debido conocimiento. Art. 1412. En su vista, si el juez tiene por bastante acreditada la necesidad ó utilidad de la transaccion, otorgará la autorizacion para hacerla, facilitando al tutor ó curador testimonio de su providencia; mas si no lo estimare así, podrá denegarla, siendo apelable en todo caso en ambos efectos la sentencia que dictare. Art. 1413.

En los otros actos á que tampoco alcanzan las facultades de los guardadores, además de la justificacion de utilidad ó necesidad, se practicarán las diligencias particulares á cada uno de ellos. Asi es, que si se tratare de hacer obras ó reparos considerables en fincas de menores, se han de nombrar peritos que las reconozcan y declaren la necesidad ó utilidad de las obras ó reparos, indicando al mismo tiempo su coste. En una palabra, segun sea la naturaleza del acto para el cual se solicita la licencia judicial, asi serán las diligencias que con este motivo deban practicarse.

Finalmente, debemos añadir que el tutor ó curador deberán en el ejercicio de su cargo procurar la mayor utilidad del pupilo ó menor, y evitar toda sospecha de fraude, como inculcan frecuentemente las leyes, prohibiéndoles entre otros actos que puedan comprar pública ó secretamente sus bienes, bajo pena de nulidad, segun dispone la ley 1.^a, tít. XII, lib. 1, Novísima Recopilacion.

Tales son en general las obligaciones de los tutores y curadores, relativamente á los bienes de los pupilos, menores é incapacitados, y estas mismas son las que establece el nuevo Código, sin mas diferencia que la de haber de intervenir en algunos actos la autorizacion del consejo de familia ó la de los protutores (1).

Como consecuencia de estas obligaciones son las que tiene que cumplir despues de concluida la tutela ó curatela, de las cuales trataremos en el párrafo siguiente.

§. V.

Obligaciones de los tutores y curadores despues de concluida la tutela ó curatela.

A tres pueden reducirse las obligaciones de los guardadores

(1) Artículos desde el 228 al 253.

despues de terminado el cargo que han desempeñado, á saber:

- 1.^a Dar cuentas de su administracion.
- 2.^a Entregar los bienes que administraron, con todas sus pertenencias.
- 3.^a Indemnizar á los pupilos ó menores de los daños que les hubieren causado.

Dar cuentas.

Es tan esencial esta obligacion, que aun cuando el testador hubiera relevado al tutor de darlas, deberá este cumplir con ella, por las razones siguientes: 1.^a, porque el derecho público no puede derogarse por pactos y disposiciones de los particulares; y 2.^a, porque tal exoneracion daria lugar á que el tutor pudiera impunemente cometer muchos males, lo cual no puede permitirse en una recta y sábia legislacion.

La nuestra abunda en estos sentimientos, bastando para su confirmacion citar la ley 29, tit. xi, Part. 5.^a en que se dispone que los *pleitos*, esto es, *los pactos y promesas que podrian dar á los homes carrera de facer mat, non deben ser guardados*, cuya doctrina se halla igualmente consignada en el nuevo Código, prohibiendo espresamente la dispensa de esta obligacion (1).

Esto supuesto, las cuentas han de darse en la tutela al curador que el menor se nombrare con aprobacion del juez, si no lo tuviere nombrado, y en la curatela al mismo interesado si fuere mayor, ó si siendo menor hubiera obtenido dispensa de edad, ó estando casado hubiera cumplido ya diez y ocho años.

Las que se dieren tanto por los tutores como curadores, durante aun la menor edad de los que hubieren tenido en su guarda, necesitan de la aprobacion judicial, para lo cual deberá oirse siempre al curador para pleitos, si lo tuviesen, y en su defecto á los promotores fiscales. Art. 1274 de la ley de enjuiciamiento.

No oponiéndose los mismos menores, ni sus curadores ó promotores en su caso, se aprobarán con la cualidad de sin perjuicio del derecho que las leyes conceden á los menores para re-

(1) Art. 255.

clamar, en virtud del beneficio de restitucion, cualquier agravio que en ellas puede habérseles causado. Art. 1275.

En el caso en que los tutores ó curadores no cumplieren voluntariamente esta obligacion, tienen derecho los interesados á pedir que se den las cuentas, utilizando para ello la accion que los romanos llamaban *de tutela*; así como en el caso de no estar bien dadas pueden pedir su rectificacion por la otra accion llamada de *distrahendis rationibus*, á fin de que se subsanasen los defectos ó vicios objetados, ó que se rehagan y presenten de nuevo con la debida formalidad quedando responsables de sus resultados los tutores ó curadores, sus herederos y fiadores con todos sus bienes, como dispone la ley 21, título xvi, Partida 6.^a

Entregar los bienes.

La segunda obligacion de los tutores y curadores es la de haber de entregar los bienes pertenecientes á los pupilos ó menores, teniendo presente para ello las mismas circunstancias que las que hemos espresado para la dacion de cuentas.

La entrega deberá hacerse por lo que resulte del inventario, contra el cual no se admite al tutor ni al curador prueba en contrario, segun espresa la ley 120, tit. xviii, Part. 3.^a; sirviendo además para el mismo objeto los libros de cuenta y razon, y cuantos documentos de entrada y salida ó de adiciones de bienes obraren en su poder.

En caso que tomaren encubiertamente, ó se quedaren con algunos de estos bienes, aunque no podrán reclamarse estos por la accion de hurto, sin embargo, para que tal maldad como esta no quede sin castigo, dispone la ley 5.^a, tit. xiv, Part. 7.^a, que deban restituir doblado á los huérfanos todo cuanto tomaron ú ocultaron.

Indemnizar los daños.

La tercera obligacion de los guardadores es responder de los daños que hubieren ellos irrogado por culpa suya; mas no de los que sobrevinieron al pupilo ó menor por caso fortuito, inesperienza propia ó engaño de otro.

A las resultas de estas tres obligaciones estaban antes tácitamente hipotecados los bienes de los guardadores, los de sus

fiadores y los de sus herederos (Leyes 23, tit. xiii, Part. 5.^a, y 21, tit. xvi, Part. 6.^a), pero abolidas por la nueva ley hipotecaria todas las hipotecas tácitas, estableció la misma, en favor de los menores é incapacitados sobre los bienes de sus tutores ó curadores, la hipoteca legal de que quedó hecho mérito en el párrafo 2.^o de la presente lección.

Para llevar á efecto todo cuanto se ha dicho relativamente á la institucion de los tutores ó curadores, las leyes han dejado prescritas las disposiciones necesarias, que espondremos á continuación.

§. VI.

Disposiciones generales para llevar á efecto lo que las leyes prescriben á los tutores y curadores.

Además de las disposiciones particulares que para cada uno de los casos á que se refieren las obligaciones de los tutores han dictado las leyes, según hemos observado, existen otras disposiciones generales recientemente publicadas por la ley de enjuiciamiento civil, á fin de que puedan evitarse con facilidad los abusos de los guardadores, y se remedien prontamente los males á que puedan dar lugar algunos por su negligencia en la administracion.

Para que pudiera esto conseguirse, dispone dicha ley que en todos los juzgados de primera instancia haya un registro en que se ponga testimonio de los discernimientos que se hicieren del cargo de tutor ó curador para los bienes, y que el último dia de cada año lo examinen los jueces, dictando las medidas que juzguen convenientes, según la naturaleza del caso, para lo cual deberán atender á las reglas siguientes:

1.^a Que si del exámen resulta haber fallecido algun tutor ó curador, que lo reemplacen con otro con arreglo á la ley.

2.^a Si procedente de cualquiera enagenacion hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, procurarán que tenga esto cumplido efecto.

3.^a Exigirán que rindan cuentas los tutores y curadores que deban darlas.

4.^a Obligarán á aquellos en que no se entienda el desempeño de su cargo *fruto por pension* á que depositen el sobrante de las rentas ó productos, despues de bajadas las sumas por

alimentos y el derecho de administracion, en el establecimiento público destinado al efecto.

5.^a Procurarán que se impongan en él los fondos existentes á que no deba darse una aplicacion especial.

6.^a Adoptarán las determinaciones que estimen conducentes para evitar cualquier abuso que, segun las noticias que tomanen, pueda haberse cometido. Arts. 1271 y 1272.

Aunque lo dicho no ha de entenderse con los tutores ó curadores nombrados por el padre si se les ha relevado de la fianza, como dispone el art. 1273 de la ley de enjuiciamiento, no por eso deberá ser menor la vigilancia y celo con que deben cumplir sus cargos, pudiendo ser sacados los pupilos de su guarda, lo mismo que de la de los demás, siempre que el mal trato que dieren á éstos obligara al juez á depositarlos en poder de otra persona, con arreglo á los artículos 1277 y 1278, cuyas diligencias constan desde el 1312 al 1322 y espresamos ya en el párrafo 7.^o, leccion 10.

Tampoco se libran de responder de los daños causados en su administracion, quedando obligados sus bienes á esta responsabilidad, del mismo modo que los otros tutores, así como tambien participarán como los demás de los derechos que les conceden las leyes.

§. VII.

Derechos de los guardadores sobre los bienes de los pupilos ó menores.

Aun cuando la tutela y curatela se hallen consideradas como un cargo público personal, y como un oficio de piedad hácia personas desvalidas, sin embargo, nuestra legislacion permite á los que lo desempeñan cierta retribucion por su trabajo y responsabilidad en que se constituyen.

Así consta de las leyes del Fuero Juzgo y Fuero Real, en las cuales, juntamente con las de las Partidas, encontraremos los derechos que por este oficio competen á los que lo ejercen.

Estos derechos, son:

1.^o El que se les abonen los gastos que hubieren hecho en utilidad de las personas y bienes de los pupilos ó menores, y además que se les indemnice de los daños y perjuicios que por estas causas hubieren sufrido. Leyes 20, tít. xvi, Part. 6.^a, y 3.^a, tít. iii, lib. iv, Fuero Juzgo.

2.º El de percibir el tanto por ciento que designe el juez en el acto de discernir el cargo de tutor ó de curador, si no ha declarado que haya de entenderse su desempeño *fruto por pension*, segun consta de los artículos 1261 y 1263 de la ley de enjuiciamiento.

Antiguamente habia señalada la décima por recompensa de este trabajo, como así aparece de la ley citada del Fuero Juzgo, y 2.ª, tit. vii, lib. iii Fuero Real, escepto en cuanto á los tutores nombrados para la guarda del Rey ó de personas poderosas, á los cuales era costumbre el señalarles un salario fijo, atendida la entidad de los bienes que constituian el patrimonio de tales personas; cuya práctica no hallamos inconveniente en que continúe, no obstante la graduacion que actualmente puede hacer el juez al señalar el tanto por ciento por administracion.

De cualquier modo que sea, en los casos en que se perciba este derecho se sacará de todas las rentas y productos de los bienes de los pupilos, menores é incapacitados. segun el contexto del art. 1267 de dicha ley; pero para su cómputo se rebajarán los gastos regulares que se hagan para su produccion, conservacion y administracion, considerándose tambien como tales lo que se pague por contribuciones al Estado.

En el mismo sentido se espresa el nuevo Código, aunque es mas determinado el tanto por ciento por administracion (1).

(1) Artículos 253, 261 y 263.

LECCION DUODÉCIMA.

DE LA ESTINCION DE LA TUTELA Y CURATELA.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. En qué casos se estingue la tutela.—
 §. III. En cuáles la curatela.—§. IV. Cuándo tiene lugar la remocion de
 los tutores y curadores como sospechosos. § V.—Quiénes pueden acusarles
 de tales y trámites que han de seguirse para su separacion.—§. VI. Natu-
 raleza del beneficio de la restitucion *in integrum*, y juicio acerca de su
 utilidad.—§. VII. Personas á quienes compete, y sus causas.—§. VIII.
 Contra quiénes puede intentarse, sobre qué cosas y por qué daños.—§. IX.
 Tiempo y modo de obtenerse.—§. X. Casos en que no corresponde.—§. XI.
 Sus efectos.—§. XII. Advertencias sobre el registro de las personas, y con-
 clusion de este tratado.

§. I.

Razon del método.

La tutela, del mismo modo que la curatela, debe durar en el sugeto para el que se crearon estos cargos, tanto cuanto lo exija la razon ó motivo de su institucion. La edad é incapacidad de las personas para poderse dirigir ó gobernarse por sí mismas, fueron los motivos principales de la institucion de la tutela y curaduría, segun manifestamos en el párrafo I, seccion 4.^a de la leccion anterior, y por lo mismo era muy propio que cesando estas causas, debiera tambien cesar el oficio de tutor ó curador.

Pero no solamente debian considerarse estas causas como las únicas de su terminacion: existen además otros motivos para que no haya de continuar este cargo en la persona del que lo ejerza; y esta consideracion hace el que se hayan de esponer en general los modos cómo termina ó se estingue la tutela y curatela, de cuya materia nos ocuparemos en la presente leccion.

§. II.

En qué casos se estingue la tutela.

La tutela, ó se estingue absolutamente, ó solo de parte del que la ejercia, entrando otro tutor en su lugar.

Se estingue absolutamente en tres casos:

- 1.º Por muerte del huérfano.
- 2.º Por llegar este á la edad de catorce ó doce años, segun que fuese varon ó hembra.

- 3.º Por el prohijamiento hecho por arrogacion.

Se estingue por parte de la persona que la ejercia, trasfiriéndose á otra:

- 4.º Por muerte del tutor.
- 2.º Por cometer este un delito que lleve consigo la privacion del cargo de la tutela, ó haber sido sentenciado á pena á la cual vaya aneja la interdiccion civil, segun la observacion hecha en el párrafo II, seccion 2.ª de la leccion anterior.
- 3.º Por pasar la madre ó abuela, siendo tutoras, á segundas nupcias, á no ser que hubieran obtenido dispensa para continuar en la tutela.
- 4.º Por cumplirse el tiempo ó la condicion puesta en la tutela testamentaria.
- 5.º Por cesar en cuanto al tutor dativo la causa por que se le nombró.
- 6.º Por la excusa legalmente admitida.
- 7.º Por la remocion de los tutores, probadas que sean las sospechas de mala administracion, como dice la ley 21, tít. XVI, Part. 6.ª

Por las mismas causas, con muy pequeñas diferencias, se estingue la tutela, segun el nuevo Código (1); no haciéndose mencion en él de las causas por que se estingue la curatela de los huérfanos menores, por no admitir otra clase de curaduría que la dada á los mayores incapacitados, como observamos en el párrafo III, seccion 1.ª de la leccion anterior.

No estando admitida aun esta legislacion, veamos separadamente en qué casos se estingue la curatela.

(1) Art. 254.

§. III.

Casos en que cesa la curatela.

Aunque juntamente con la tutela pudieran designarse los casos en que se acaba la curatela, nos ha parecido mejor presentarlos con separacion, en razon á que en ella, cualquiera que sea el caso por que haya de terminar, se entiende que lo es absolutamente, no volviéndose á nombrar otro curador al menor, á no pedirlo este, ó ser necesario para algun acto su nombramiento.

Esto supuesto, se estingue la curatela, ó por causas comunes con la tutela, ó por causas especiales á aquella.

Son causas especiales á la curatela:

1.^a El cumplir el menor veinte y cinco años, sin distincion de si es varon ó hembra. Ley 12, tít. xvi, Part. 6.^a

2.^a El haber obtenido los menores dispensa de edad para administrar sus bienes, aunque no por ello dejan de considerarse como tales en ciertos actos, como para enagenarlos, gravarlos, y poder utilizar el beneficio de la restitution.

3.^a El entrar el casado en los diez y ocho años, ó casarse despues de esta edad aun no habiendo llegado á los veinte y cinco, segun la ley 7.^a, tít. II, libro x, Novis. Recop.; lo cual ha de entenderse en los mismos términos que los espresados en el caso anterior.

4.^a El cesar el motivo de la incapacidad por que se dió curador al mayor de edad, aunque para ello debe preceder la declaracion judicial, como espresa igualmente el nuevo Código (1).

Los demás casos por que acaba la curatela son los mismos que los que se han designado para la tutela en el párrafo anterior; y unas mismas tambien las disposiciones que rigen en una y otra institucion para su remocion en caso de sospechas de mala administracion, como veremos en los párrafos siguientes.

§. IV.

Cuándo tiene lugar la separacion del tutor ó curador por sospechas de mala administracion.

La remocion del tutor ó curador sospechoso tiene lugar generalmente en dos casos: 1.º, cuando realmente no proceden bien en el desempeño de su respectivo cargo: 2.º, cuando se hacen sospechosos de mala administracion, á consecuencia de algun hecho particular. Ley 1.ª, tit. xvi, Part. 6.ª

Se entiende que no proceden bien en el desempeño de la tutela ó curatela:

1.º Los que no defienden debidamente al pupilo ó menor en juicio ó fuera de él.

2.º Los que les tratan con crueldad, ó les enseñan malas costumbres, ó les malgastan sus bienes.

3.º Los que habiendo dicho ante el juez que no tenian con que alimentar al pupilo, resultase despues que era falso.

Se hacen sospechosos de mala administracion:

1.º Los que habiendo sido tutores ó curadores de otros menores, hubieran administrado mal sus bienes, ó les hubiesen mostrado malas maneras, que dice la citada ley.

2.º Los que resultaren ser enemigos de los huérfanos ó de sus parientes, aunque la ley 2.ª, tit. xvii, Part. 6.ª limita la enemistad al huérfano y su padre, considerando esta causa como una escusa, segun tambien nosotros la hemos calificado, para el caso en que por delicadeza quisiera el enemistado abstenerse de la tutela antes que se le acuse como sospechoso para su remocion.

3.º Los que no hicieren el inventario en los términos que hemos ya manifestado.

4.º Los que se esconden y no quieren presentarse sabiendo que son nombrados para alguno de estos cargos.

Todas estas causas son las que designa la ley 1.ª ya citada para remover al tutor como sospechoso, y con ellas se halla tambien conforme el nuevo Código (1); pero al mismo tiempo

(1) Art. 203.

debemos advertir que podrán todavía admitirse otras, si el juez encuentra justas las razones que alegó en prueba de ellas el que entabló la acusacion.

§. V.

Quiénes pueden acusar de sospechosos á los tutores y curadores, y trámites que han de seguirse para su remocion.

Pueden acusar de sospechosos á los tutores y curadores, cualquiera que sea su clase, todas las personas del pueblo, como dice la ley 2.^a, tít. XVIII, Part. 6.^a Los podrán asimismo acusar los menores, teniendo catorce años cumplidos, si lo hicieren con consejo de sus parientes; pero además están obligados especialmente á entablar la acusacion la madre, abuela, hermano y la nodriza del huérfano, segun espresa la citada ley. A falta de acusador, puede intervenir el mismo juez de oficio, siempre que viere que el huérfano es perjudicado en su persona ó en sus bienes. Ley 3.^a, id.

La acusacion que se intente contra el tutor ó curador se seguirá por los trámites de un juicio ordinario; y como en él están interesados los menores, no es necesario que preceda el juicio de conciliacion. Art. 201 de la ley de enjuiciamiento, núm. 7.^o

Esto supuesto, presentada la demanda ante el juez de primera instancia del pueblo donde el huérfano tenga sus bienes, como consta de la ley 2.^a, id., se citará y emplazará al tutor ó curador para que respondan á ella, nombrando el juez otra persona que se encargue de la tutela y su administracion mientras durare el pleito. Leyes 2.^a y 3.^a, id.

Terminado este, y probada la acusacion, se le remueve del todo, nombrándose definitivamente á otro en su lugar; pero al mismo tiempo se le debe condenar á que indemnice al huérfano de los daños que le hubiese causado, única pena que se le podrá imponer en la actualidad, por no estar admitida, con arreglo al Código penal, la pena de infamia que en caso de ser removido por dolo le imponia además la ley 4.^a, id.

Los curadores para pleitos, como se equiparan á unos simples procuradores ó apoderados, pueden ser removidos sin expresion ni prueba alguna de causa; pero debe protestarse al

pedir su separacion que no se procede por malicia, segun enseñan los prácticos.

Todas las disposiciones de las leyes hasta aquí esplicadas se dirigen á procurar á los pupilos ó menores medios de proteccion; pero como á pesar de estas precauciones pudieran ser perjudicados en sus bienes, se han dictado otras providencias para que no sufra menoscabo el patrimonio del huérfano por la negligencia y mal proceder de su guardador, á cuya clase pertenece el beneficio llamado de *restitucion in integrum*, del cual trataremos á continuacion.

§. VI.

Qué es **RESTITUCION IN INTEGRUM**, y juicio acerca de su utilidad.

Se entiende por **RESTITUCION IN INTEGRUM** *la reposicion á su estado primitivo de un negocio en que se ha sufrido algun daño, ora sea en juicio, ora fuera de él.* Leyes 1.^a, título XIX, Parts. 6.^a y 1.^a, tit. XXV, Part. 3.^a

No todos consideran útil este beneficio, fundándose para ello en los perjuicios que con él se causan, tanto á la sociedad en general, como á los mismos menores. A la sociedad, porque no estando seguro desde luego un comprador, por ejemplo, de gozar la finca del menor que se enagenó, se abstiene de hacer mejoras en ella; y á los menores, porque, cuanto menos cierta é irrevocable sea la venta, menor será el precio que se sacará por ella.

Nosotros, sin embargo, le consideramos por muy útil, á no hacer recaer en todos los casos la responsabilidad sobre el tutor ó curador. Además, que la contingencia de que pueda rescindirse un contrato tambien puede verificarse en los que celebran los mayores de edad, y nadie ha negado la utilidad de la rescision en la mayor parte de los casos en que se permite.

Para comprender lo que las leyes disponen sobre esta materia, la dividiremos en los puntos siguientes:

- 1.º Personas á quienes compete este beneficio, y sus causas.
- 2.º Contra quiénes compete, en qué cosas, y á cuánto deba ascender el daño para hacer esta reclamacion.
- 3.º Tiempo y modo de obtenerse.
- 4.º Casos en que se deniega ó no corresponde.

5.º Sus efectos.

§. VII.

Personas á quienes compete, y sus causas.

Las personas á quienes compete este beneficio son las siguientes:

1.º Los menores de edad, si hubieren recibido el daño por su inesperienza, por culpa de guardador, ó por engaño de otra persona. Ley 2.ª, tit. xix, Part. 6.ª

2.º Los herederos del menor en los casos y tiempo en que este podría reclamarlo si viviese. Ley 8.ª, id.

3.º Los fiadores del mismo; pero solo en el caso que el daño hubiere sido causado por dolo ó engaño del tercero. Ley 4.ª, tit. xii, Part. 5.ª

4.º Las iglesias, el fisco, los concejos ó municipalidades y demás corporaciones y establecimientos públicos, en caso que reciban daño por culpa de sus administradores, ó por engaño de otros. Ley 10, tit. xxi, Part. 6.ª

5.º Los mayores de edad que se hallaren cautivos ó ausentes por servicio público, ú otra causa semejante, en los casos siguientes:

Primero, por la prescripcion de cosa suya, que empezó á correr estando ausentes. Ley 28, tit. xxix, Part. 3.ª

Segundo, por la venta de la cosa que tuvieron dada en prenda, hecha tambien en su ausencia, aunque con la obligacion de haber de dar al comprador la cantidad por que estaba empeñada. Ley 47, tit. xiii, Part. 5.ª

Tercero, por la sentencia dada contra los ausentes, si no dejaron procurador, ó tambien cuando por dolo ó fuerza del contrario, ó por estar impedidos por grandes nieves, avenidas, ladrones, enemigos conocidos ó enfermedad, no pudieron continuar el pleito ó hallarse presentes á la sentencia que recayó. Leyes 10 y 12, tit. xxiii, Part. 3.ª

6.º Los que por alguna incapacidad fisica ó moral, como el ser locos, fátuos, etc., estuvieren bajo de curador, á los cuales les compete en los mismos casos que á los menores. Leyes 1.ª, tit. xiii, y 60, tit. xviii, Partida 3.ª, y 4.ª, tit. xiv, Partida 5.ª

En el nuevo Código solo se concede el beneficio de restitucion á los menores por el daño que hayan sufrido en las obligaciones contraídas á su nombre por los tutores, y á las personas sujetas á curador por el daño causado sin intervencion de este (1).

§. VIII.

Contra quiénes compete el beneficio de restitucion, sobre qué cosas, y por qué daños.

La restitucion tiene lugar, segun Antonio Gomez y otros, no solo contra los particulares, sino tambien contra el fisco, y aun contra los que gozaren de los privilegios de los Senado-Consultos Velejano y Macedoniano de los romanos; mas no tiene lugar contra otros tambien menores, por el privilegio aquel de que *el privilegiado no puede hacer uso del privilegio contra otro igualmente privilegiado*, á no ser que por parte de un menor se tratara de evitar un daño, y por el otro solo percibir un lucro.

Las cosas sobre que puede pedirse son, no solo de los actos estrajudiciales, sino tambien de los judiciales. Asi es que en cuanto estos últimos actos puede pedirse de la confesion hecha en juicio en daño del menor; de la omision de escepcion ó defensa que este tuviere; de la sentencia; y finalmente, de cualquier otro acto judicial, escepto de los prohibidos. Leyes del tit. xix, Part. 6.^a, y del tit. xxv, Part. 3.^a

En cuanto á los actos estrajudiciales, puede pedirse contra el prohijamiento si el que solicitó la adopcion enseñara malas costumbres; contra la venta de la cosa del menor, aun hecha en pública almoneda, si despues ofrece otro mucho mas por ella; contra la aceptacion de la herencia que hizo el menor en daño suyo, citando antes á los acreedores; contra la eleccion que en virtud del derecho de escoger hizo el menor sino escogió lo mejor, contra el tiempo de la prescripcion ordinaria trascurrido durante su menor edad si hubiere principiado en otro á quien sucedió, y en la prescripcion estraordinaria contra el trascurrido en dicha edad, haya ó no principiado en el menor esta prescripcion: no necesitándose la restitucion contra el tiempo

(1) Art. 1168.

de la prescripcion ordinaria, por no correr contra él esta clase de prescripcion. Ley 9.^a, tit. XIX, Part. 6.^a

Finalmente, puede pedirse en todas aquellas cosas en las que hubiere recibido daño, á no ser que, ó se le deniegue, ó no le corresponda, como luego manifestaremos.

En cuanto al valor que importe el daño sufrido, nada dicen las leyes: sin embargo, como para algunos casos determinados espresan que el juez debe otorgarla si fuere *á gran pro del pupilo*, como dice la ley 5.^a, id., somos de parecer que no por cualquier daño podrá concederse este beneficio, lo cual quedará á la discrecion del juez mientras no lo determinen las leyes, como lo hace el nuevo Código (1).

§. IX.

Tiempo y modo de obtenerse el beneficio de restitution.

El tiempo para pedirse no es uno mismo en todos los que gozan de este beneficio.

En los menores lo es todo el de su menor edad y cuatro años despues, ó sea hasta los veinte y nueve años; cuya disposicion se entiende tambien con los herederos de los menores, por decir la ley que estos puedan utilizar dicho beneficio dentro del tiempo que podria el menor si viviese. Ley 8.^a, tit. XIX, Part. 6.^a En el caso que competa este beneficio al fiador del menor, segun se dijo en el párrafo VII, el tiempo será el señalado para la prescripcion de las acciones personales, como enseñan los autores.

En las iglesias y corporaciones es el de cuatro años, contados desde que recibieron el daño, y si este fuese en mas de la mitad del justo precio, es el de treinta años. Ley 10, id.

En los mayores que por su incapacidad estuvieren sujetos á curadores, podrá utilizarse por estos durante el tiempo de su encargo, y por los incapacitados solo dentro de cuatro años, contados desde que hubiere cesado la causa que dió motivo á su curaduría, como resuelven los autores, por analogia con las leyes que hablan de los menores.

Para obtenerse este beneficio, debe el menor con su cura-

(1) Art. 1169.

dor, ó este de por sí, ó el procurador con mandato especial, presentar demanda al juez de primera instancia probando que es menor y que ha recibido el daño por alguna de las causas espresadas en el párrafo VII. En su vista se da conocimiento á la parte contra la que se intenta, y hallando que el contrato, juicio ó diligencia sobre que se pide se verificó en daño del menor, debe mandar que vuelva al estado en que se hallaba antes de sufrirse este. Leyes 2.^a y 8.^a tit. XIX, Part. 6.^a

Las otras personas que además de los menores intentaran la restitution, deberán probar la certeza de las causas por las que se les concediere, las cuales quedan ya manifestadas al párrafo VII.

§. X.

En qué casos no corresponde, ó se deniega el beneficio de la restitution.

No corresponde el beneficio de restitution:

1.^o Cuando el daño que sufrió el menor le viene por algun caso fortuito, y no por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, como dice la ley 2.^a, tit. XIX, Partida 6.^a

2.^o Cuando exista algun remedio ordinario para subsanar el daño causado, como, por egemplo, si se pudiera utilizar el remedio de nulidad ó la apelacion; pues siendo la restitution un medio subsidiario, solo corresponde en defecto de medios ordinarios. Leyes 1.^a y 2.^a, tit. XXV, Part. 3.^a (1).

Se niega al menor la restitution:

1.^o Cuando en sus tratos dijese engañosamente que era mayor, y por su fisonomía apareciese tal, pues las leyes no favorecen á los que engañan. Ley 6.^a, tit. XIX, Part. 6.^a

2.^o En los pagos que el deudor hiciese al menor con autorizacion del Juez. Ley 4.^a, tit. XIV, Part. 5.^a

3.^o En las sentencias pronunciadas por delitos cometidos por aquellos á quienes se supone capaces de dolo. Ley 4.^a, tit. XIX, Part. 6.^a

4.^o En los términos llamados *fatales*, como el de nueve dias para intentar el retracto, y otros de esta naturaleza.

5.^o Y últimamente, contra un tercero, que con buena fé,

(1) Art. 1170.

hubiere adquirido la propiedad ú otro derecho real, si dicho tercero no intervino en el contrato en que sufrió perjuicio el menor, y hubiere inscrito su título en el registro de hipotecas.

A estos casos añadian los autores, siguiendo á las leyes romanas, el haber obtenido el menor dispensa de edad; mas atendiendo á que nuestras leyes no hablan sobre este punto, y que por otra parte la dispensa de edad, si así fuese, mas bien perjudicaria que favoreceria al menor, somos de parecer que tanto estos, como los demás que, con arreglo á las leyes recopiladas, pueden, siendo casados, administrar los bienes en llegando á la edad de diez y ocho años, podrán asimismo intentar el beneficio de restitucion.

Si podrán ó no hacer uso de él los que hubieren renunciado con juramento á este beneficio, aunque hay razones de moralidad y de ley positiva para sostener la afirmativa, sin embargo, en los negocios mercantiles es una cualidad indispensable para que un menor pueda ser comerciante la de haber renunciado al beneficio de la restitucion, obligándose con juramento á no reclamarlo, como dispone el art. 4.º del Código de comercio.

§. XI.

Efectos de la restitucion in integrum.

Los efectos de la restitucion están reducidos á quedar rescindida en el juicio que se intente sobre ella la obligacion ó el derecho nuevamente constituido; entrando el menor, á consecuencia de la restitucion, en el goce de la cosa, juntamente con los frutos que hubiere producido desde el día del contrato, si versó sobre esta la demanda intentada, ó á ser indemnizado de los daños sufridos, cuando solo iba dirigida la reclamacion contra actos que pudieran haberle causado algunos perjuicios.

Mas al mismo tiempo que produce este efecto por parte del privilegiado, es deber de este reintegrar á la parte contraria en cuanto estuviere interesado en aquella obligacion ó derecho que se rescinde; pues como dice la ley 8.ª, tit. XIX, Part. 6.ª, al decretar el juez la restitucion débelo hacer de manera *que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo tenia primeramente*: absteniéndose mientras esté pendiente el juicio que se hubiere incoado sobre ello de hacer en él ninguna cosa

nueva, segun dispone la ley 2.^a, tit. xxv, Part. 3.^a, con cuya doctrina se conforma en general el nuevo Código (1).

§. XII.

Advertencia sobre el registro público de las personas, y conclusion del primer tratado de esta segunda parte.

Hasta aquí hemos presentado los derechos de las personas, segun el estado que gozan en la sociedad, y para que pueda justificarse este en caso necesario, existe en cada feligresía un asiento que hace el cura párroco, de los nacimientos, matrimonios y defunciones que suceden en ella.

De este registro se ha valido siempre la autoridad civil de España para que pudiera hacerse constar la existencia de ciertos actos de nuestra vida por los que, ó se crea, ó se trasmite, ó se estingue algun derecho, tributando una entera confianza á estas personas, cuya conducta se halla garantida por la religion que enseñan.

Sin embargo, como el legislador no debe ni puede desentenderse enteramente de tomar noticias de los actos que encierran el porvenir de todos los individuos y determinan el estado de familia, ha dado, dentro del círculo de sus atribuciones, ciertas reglas, tanto en cuanto al modo de llevar dichos asientos, como para asegurar su custodia ó conservacion; estableciendo además un doble registro, que, aun cuando no se halle todavía reglamentado, puede servir no obstante para evitar las omisiones que pudieran cometerse.

A estas disposiciones quedan tambien sujetos los párrocos, y en su consecuencia, no solo deberán observar lo que el Concilio Tridentino y Constituciones Sinodales previenen en este caso, sino que deberán tener tambien presente lo que para los efectos civiles dispongan las leyes, pasando periódicamente á los ayuntamientos los partes correspondientes en los términos prevenidos por las mismas. Real orden de 1.^o de Diciembre de 1837, Real decreto de 24 de Enero de 1841, y Real orden de 24 de Mayo de 1845.

FIN DEL PRIMER TRATADO.

(1) Art. 1171.

PROGRAMA DE ENSEÑANZA

PARA

EL TERCER AÑO DE JURISPRUDENCIA, Y PÁGINAS DE LA OBRA
EN QUE SE HALLAN ESPLICADAS SUS RESPECTIVAS
LECCIONES.

PARTE SEGUNDA.

DEL DERECHO CIVIL.

TRATADO PRIMERO.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS CON RELACION Á SU ESTADO.

LECCION PRIMERA.

Pág. 7.

Preliminares al Derecho español.

RESUMEN. I. Introduccion al estudio del Derecho español. II. Acep-
ciones de la palabra *Derecho*. III. Su definicion y especies en que se divide.
IV. Necesidad de saber sus leyes. V. Fin á que ellas se dirigen. VI. Princi-
pios que sirven de base para su conocimiento. VII. Ciencia que las esplica.
VIII. Partes que contiene esta, y observaciones sobre cada una de ellas.

LECCION SEGUNDA.

Pág. 22.

*De los elementos de que se compone el derecho privado ó civil de
España.*

RESUMEN. I. Razon del método. II. Origen y objeto de las leyes posi-
tivas humanas, y su naturaleza. III. A quién compete en España el poder
legislativo, cómo se ejerce y cuáles son sus atribuciones. IV. Cualidades de
las leyes. V. Necesidad de su promulgacion y modo de hacerse. VI. Efectos

que producen inmediatamente á su publicacion. VII. Cómo pierden las leyes su fuerza obligatoria. VIII. Naturaleza de la costumbre y sus efectos. IX. Reglas acerca del uso que debe hacerse de las fuentes del derecho.

LECCION TERCERA.

Pág. 37.

De la clasificacion de las personas.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Definicion de las personas en sentido juridico, y bases para su clasificacion. III. Cómo se clasifican las personas segun el estado natural, y su division por razon al nacimiento. IV. Cómo se dividen por razon al sexo. V. Cómo por razon á la edad. VI. Observaciones para la clasificacion de las personas segun el estado civil, y cómo se dividen por razon á la nacionalidad. VII. Cómo por razon al lugar donde han fijado su residencia. VIII. Cómo por razon al estado de familia.

LECCION CUARTA.

Pág. 52.

De la naturaleza de la patria potestad y sus efectos.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la patria potestad y su fundamento. III. Sus efectos con relacion á la persona de los hijos, y derechos que dimanen de ella bajo este concepto. IV. Cuáles son las obligaciones de los padres bajo el mismo respecto. V. Derechos de los padres respecto á los bienes de sus hijos. VI. Obligaciones acerca de ellos. VII. Modos cómo se constituye este poder.

LECCION QUINTA.

Pág. 65.

De la naturaleza del matrimonio, y requisitos que preceden á su celebracion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Origen y naturaleza del matrimonio. III. Sus especies. IV. Requisitos que preceden á su celebracion, y utilidad de los esponsales. V. Su naturaleza y personas á quienes se permiten. VI. Sus efectos. VII. Cómo se disuelven. VIII. Doctrina de las leyes sobre el consentimiento paterno. IX. Medios de suplirlo en caso de negarse los padres á prestarlo. X. Diligencias en caso de ser necesario el depósito de las hijas de familia. XI. Personas que necesitan la licencia Real para casarse. XII. Disposiciones acerca de las amonestaciones. XIII. Circunstancias que acompañan á la celebracion del matrimonio.

LECCION SESTA.

Pág. 90.

De los impedimentos del matrimonio.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Definición de los impedimentos del matrimonio y sus divisiones. III. Fuentes de donde dimanar. IV. Causas á que se atribuyen, y enumeracion general de los que se llaman dirimientes. V. Cuáles son los que se refieren á la incapacidad física, y su explicacion. VI. Cuáles son los que dimanar de falta de consentimiento. VII. Antecedentes para determinar las personas entre quienes se prohíbe el matrimonio por razon á los vínculos con que están unidas. VIII. Qué personas no pueden casarse por incompatibilidad de estado. IX. Quiénes por razon de algun delito. X. Qué impedimentos pertenecen á la clase de impedientes. XI. A quiénes pertenece la dispensa de los impedimentos. XII. Cuáles son los que pueden dispensarse.

LECCION SEPTIMA.

Pág. 115.

De las propiedades y efectos del matrimonio.

RESUMEN. I. Razon del método. II. En qué consista la unidad del matrimonio. III. Doctrina sobre su indisolubilidad. IV. Aceptacion en que se toma la palabra *divorcio*, y sus especies. V. Definicion del divorcio en cuanto al vínculo, y casos en que tiene lugar. VI. Cómo se define el que se refiere á la cohabitacion y al tálamo, y casos en que se admite. VII. Cómo ha de procederse al divorcio en cada una de las clases en que se divide. VIII. Resultados que produce su declaracion por el tribunal competente. IX. Efectos que las leyes civiles atribuyen al matrimonio celebrado legítimamente.

LECCION OCTAVA.

Pág. 134.

De los bienes matrimoniales.

SECCION PRIMERA.

De los bienes que cada cónyuge aportare al matrimonio.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Antigüedad de la dote y su forma actual. III. Cómo se define, y sus divisiones. IV. Personas que tienen obligacion de dotar. V. De qué bienes ha de sacarse la dote. VI. Cantidad que puede darse por este respecto. VII. Cosas en que puede constituirse. VIII. Tiempo y modo cómo puede hacerse su señalamiento. IX. Sus efectos en cuanto á su administracion. X. Disposiciones acerca de su restitution.

XI. Naturaleza de los bienes parafernales. XII. Cuál sea la de la donacion PROPTER NUPTIAS. XIII. Idea de las escrituras matrimoniales.

SECCION SEGUNDA.

De los bienes que se adquieren por donaciones que se hacen los sposos.

Pág. 164.

RESUMEN. I. Qué son *donaciones esponsalicias*, y quiénes pueden hacerlas. II. Cantidad que puede darse por este respecto. III. Efectos que producen estas donaciones. IV. Aceptaciones de la palabra *arras*, y sentido en que la tomamos en este lugar. V. Personas que pueden dar ú ofrecer arras, y tiempo en que pueden verificarlo. VI. Personas á las que pueden ofrecerse, y en qué cantidad. VII. Bienes en que pueden constituirse. VIII. Sus efectos. IX. Documentos en que pueden hacerse constar tanto estas como las donaciones esponsalicias.

SECCION TERCERA.

De los bienes gananciales.

Pág. 178.

RESUMEN. I. Naturaleza y origen de los bienes gananciales. II. Su utilidad y fundamento. III. Requisitos para la duracion y existencia de la sociedad conyugal que los produce. IV. Qué bienes se consideran como gananciales. V. Cuáles son los que existiendo en el matrimonio no gozan de esta consideracion. VI. Derechos de los cónyuges sobre ellos. VII. Cargas anejas á los mismos. VIII. Cuándo se acaba la sociedad legal ó de gananciales. IX. Modo cómo ha de procederse á la liquidacion y division de estos bienes.

LECCION NOVENA.

Pág. 195.

De los otros dos modos por los que se adquiere la patria potestad.

SECCION PRIMERA.

De la legitimacion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué es legitimacion, su origen y utilidad. III. Qué hijos pueden legitimarse. IV. Clases de legitimacion, cómo se consigue esta por el subsiguiente matrimonio, y sus efectos. V. Cuándo tiene lugar la legitimacion por rescripto del Rey, y cómo se obtiene. VI. Qué efectos produce. VII. En qué consiste el reconocimiento de hijos, cómo se verifica y sus efectos.

SECCION SEGUNDA.

Del prohijamiento ó adopcion en general.

Pág. 215.

RESUMEN. I. Razones por qué ha de usarse en este lugar de la palabra *prohijamiento*, naturaleza de esta institucion, y su utilidad. II. Sus especies. III. Requisitos para poder prohijar. IV. Modo cómo se verifica el prohijamiento por adopcion. V. Efectos que produce este. VI. Cómo se verifica el prohijamiento por arrogacion. VII. Sus efectos. VIII. Disposiciones que han de tenerse presente para prohijar á los niños espósitos.

LECCION DECIMA.

Pág. 230.

De los modos de salir los hijos de la patria potestad.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Modos en general de acabarse la patria potestad. III. Explicacion de los casos en que se acaba esta por la muerte natural y por la profesion religiosa. IV. Qué clase de dignidades son á las que, ascendiendo el hijo, le libran de este poder. V. Observaciones sobre el modo de acabarse por el matrimonio y por la adopcion. VI. Naturaleza de la emancipacion, y modo cómo ha de obtenerse para salir por ella los hijos de la patria potestad. VII. Casos en que esta se pierde ó se suspende.

LECCION UNDECIMA.

De la tutela y curatela en general, y sus efectos.

Pág. 244.

SECCION PRIMERA.

De la naturaleza de la tutela ó curatela, y sus especies.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la tutela, y su necesidad. III. Cuál sea el objeto de la curatela, y sus diferencias de la tutela. IV. Clases en que se divide esta institucion, y su fundamento. V. Naturaleza de la tutela testamentaria, y personas que pueden nombrar tutor en testamento. VI. Modo cómo puede hacerse su nombramiento. VII. Qué es tutela legítima, y casos en que tiene lugar. VIII. Orden con que son llamados los parientes para su desempeño. IX. Qué es tutela dativa, cuándo tiene lugar, y á quién compete su nombramiento. X. Qué es discernimiento de tutor, y cómo se obtiene. XI. Quiénes pueden nombrar curadores, y cómo ha de aprobarse su nombramiento.

SECCION SEGUNDA.

De las personas que pueden ó no ser tutores ó curadores, y de las que pueden escusarse de estos cargos.

Pág. 268.

RESUMEN. I. Antecedentes para determinar las personas que, ó son inhábiles, ó pueden escusarse de la tutela ó curatela. II. Quiénes son inhábiles para estos cargos. III. Quiénes pueden escusarse de admitirlos. IV. Causas por qué no se admiten las escusas, y tiempo en que hayan de proponerse. V. Cómo se sustancia el procedimiento en razon de las escusas de tutores ó curadores.

SECCION TERCERA.

De las obligaciones de los tutores y curadores.

Pág. 278.

RESUMEN. I. Necesidad de leyes que determinen las obligaciones de los tutores, y clases en que se dividen. II. Obligaciones de los tutores antes de encargarse de su administracion. III. Cuáles son las que tienen que desempeñar durante el ejercicio de su cargo, relativamente á la persona del pupilo ó menor. IV. Cuáles durante el mismo tiempo con respecto á sus bienes. V. Cuáles despues de concluida la tutela ó curatela. VI. Disposiciones generales para llevar á efecto lo que las leyes prescriben á los tutores y curadores. VII. Cuáles son los derechos de estos sobre los bienes de los pupilos ó menores.

LECCION DUODECIMA.

Pág. 297.

De la estincion de la tutela y curatela.

RESUMEN. I. Razon del método. II. En qué casos se estingue la tutela. III. En cuáles la curatela. IV. Cuándo tiene lugar la remocion de los tutores y curadores como sospechosos. V. Quiénes pueden acusarlos de tales, y trámites que han de seguirse para su separacion. VI. Naturaleza del beneficio de la restitucion *in integrum*, y juicio acerca de su utilidad. VII. Personas á quienes compete, y sus causas. VIII. Contra quiénes puede intentarse, sobre qué cosas, y por qué daños. IX. Tiempo y modo de obtenerse. X. Casos en que no corresponde. XI. Sus efectos. XII. Advertencias sobre el registro de las personas, y conclusion de este tratado.

THE HISTORY OF

THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME.

BY

JOHN B. BOWEN.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME. BY JOHN B. BOWEN. THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME. BY JOHN B. BOWEN.

THE HISTORY OF

THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME.

BY

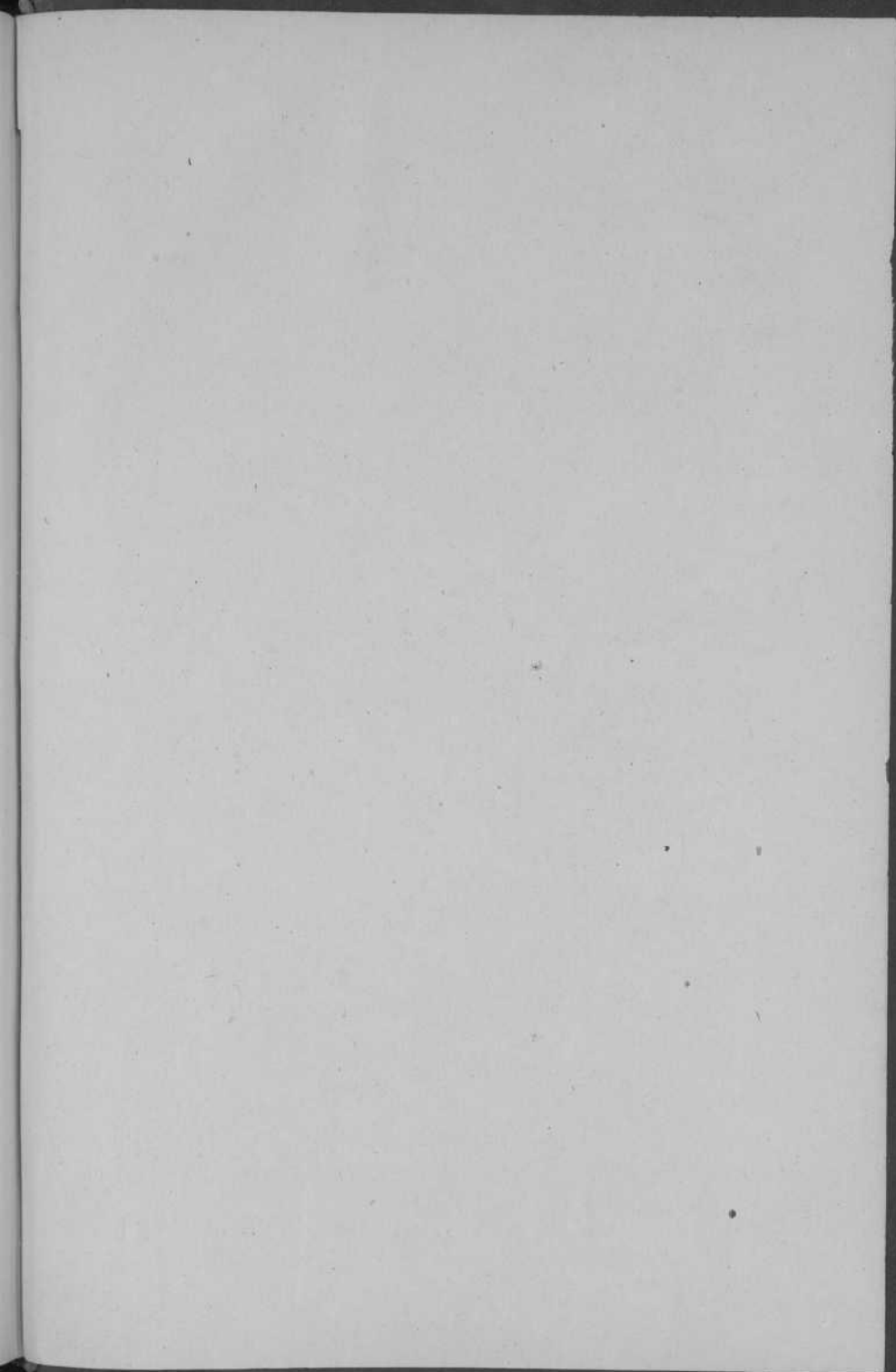
THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME. BY JOHN B. BOWEN. THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME. BY JOHN B. BOWEN.

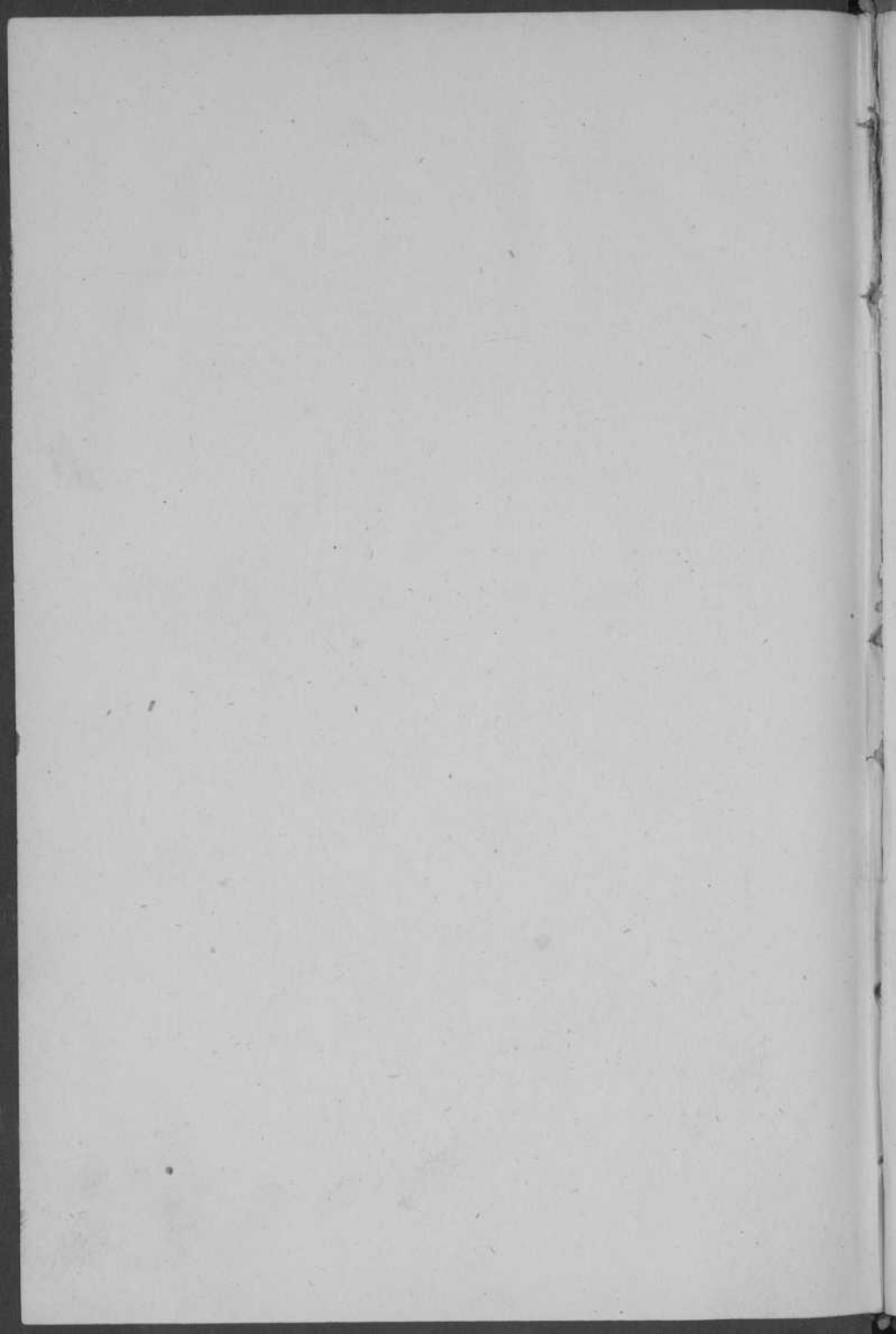
THE HISTORY OF

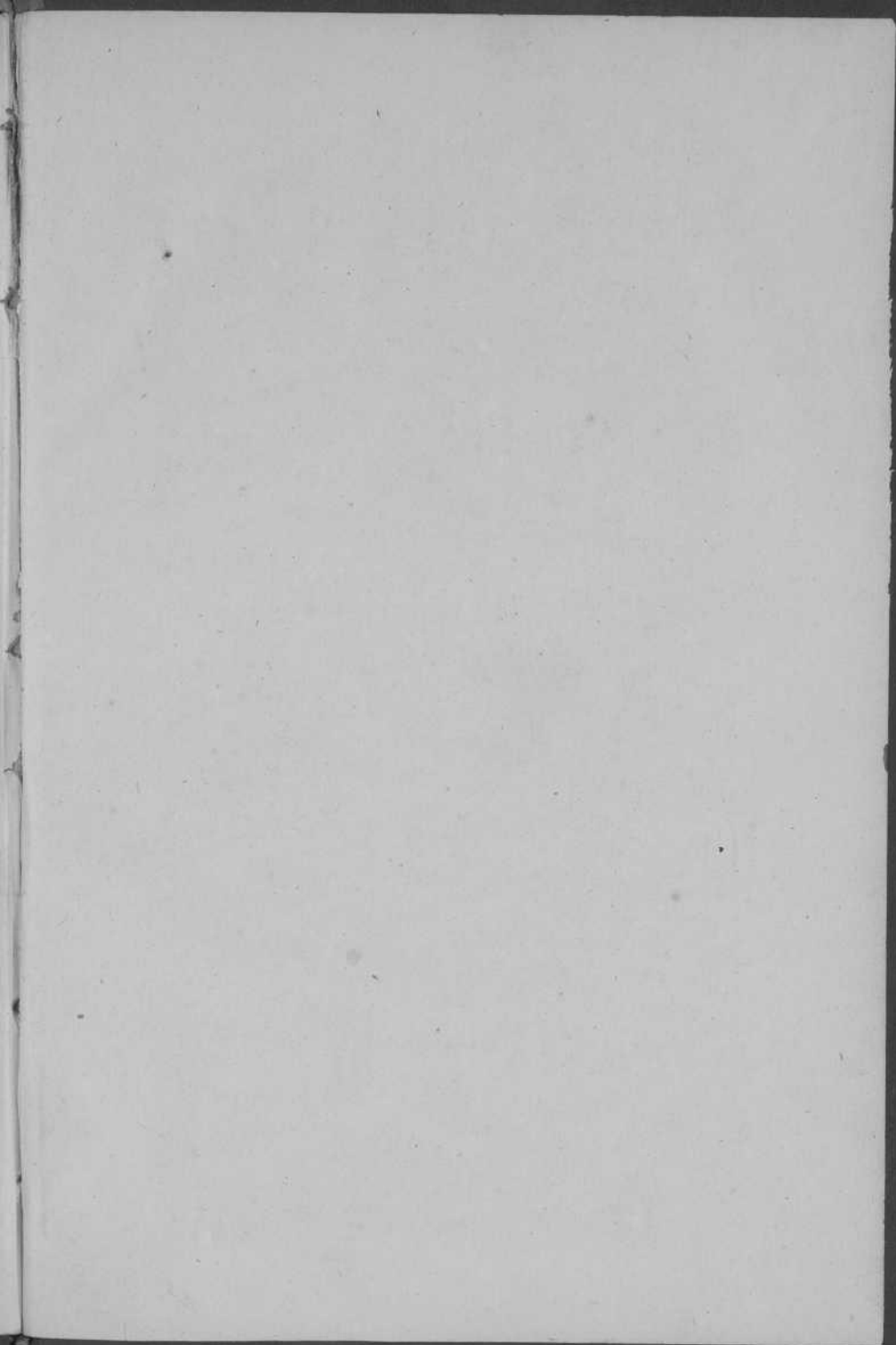
BY

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME.

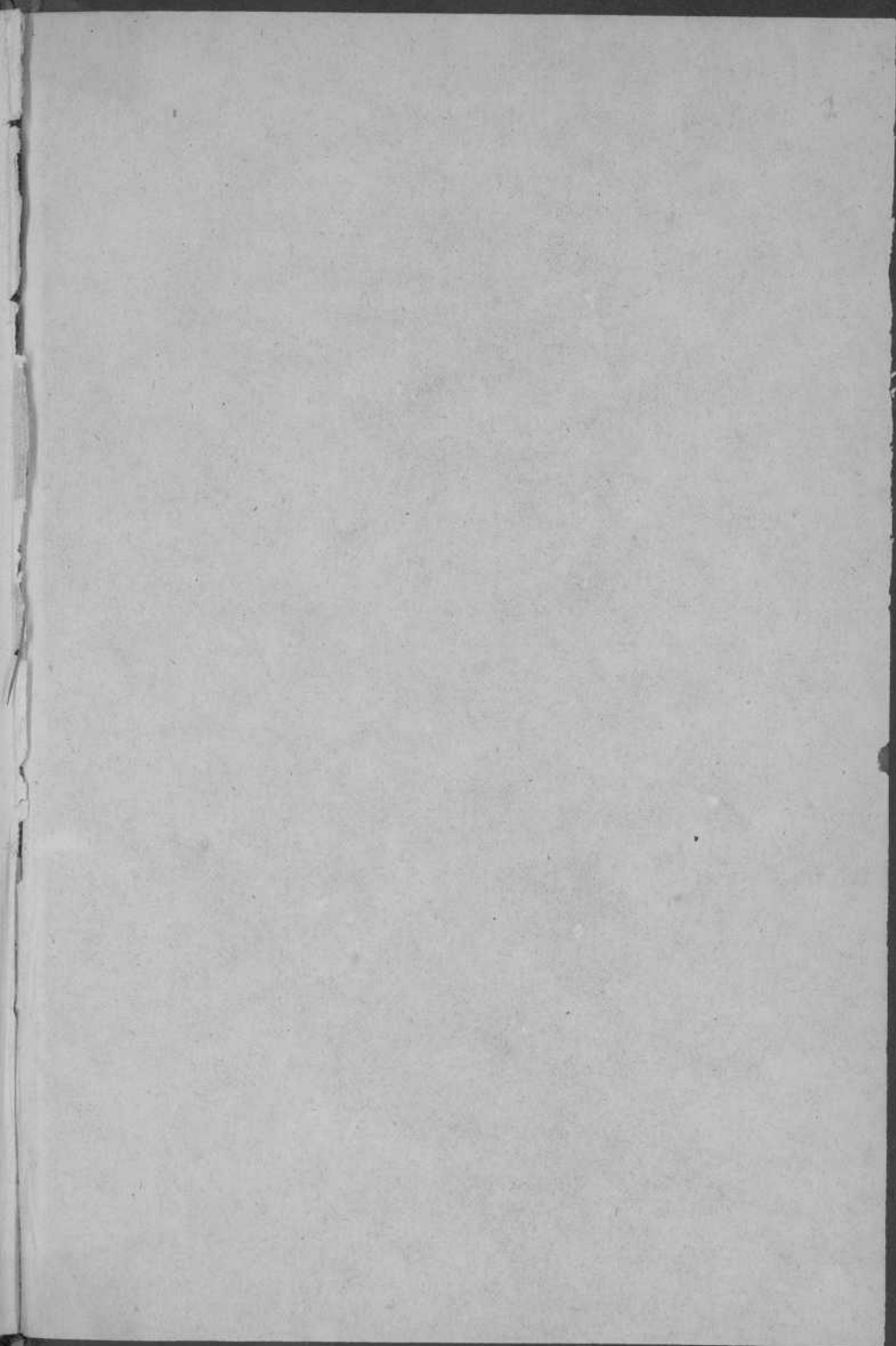
THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME. BY JOHN B. BOWEN. THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME. BY JOHN B. BOWEN.

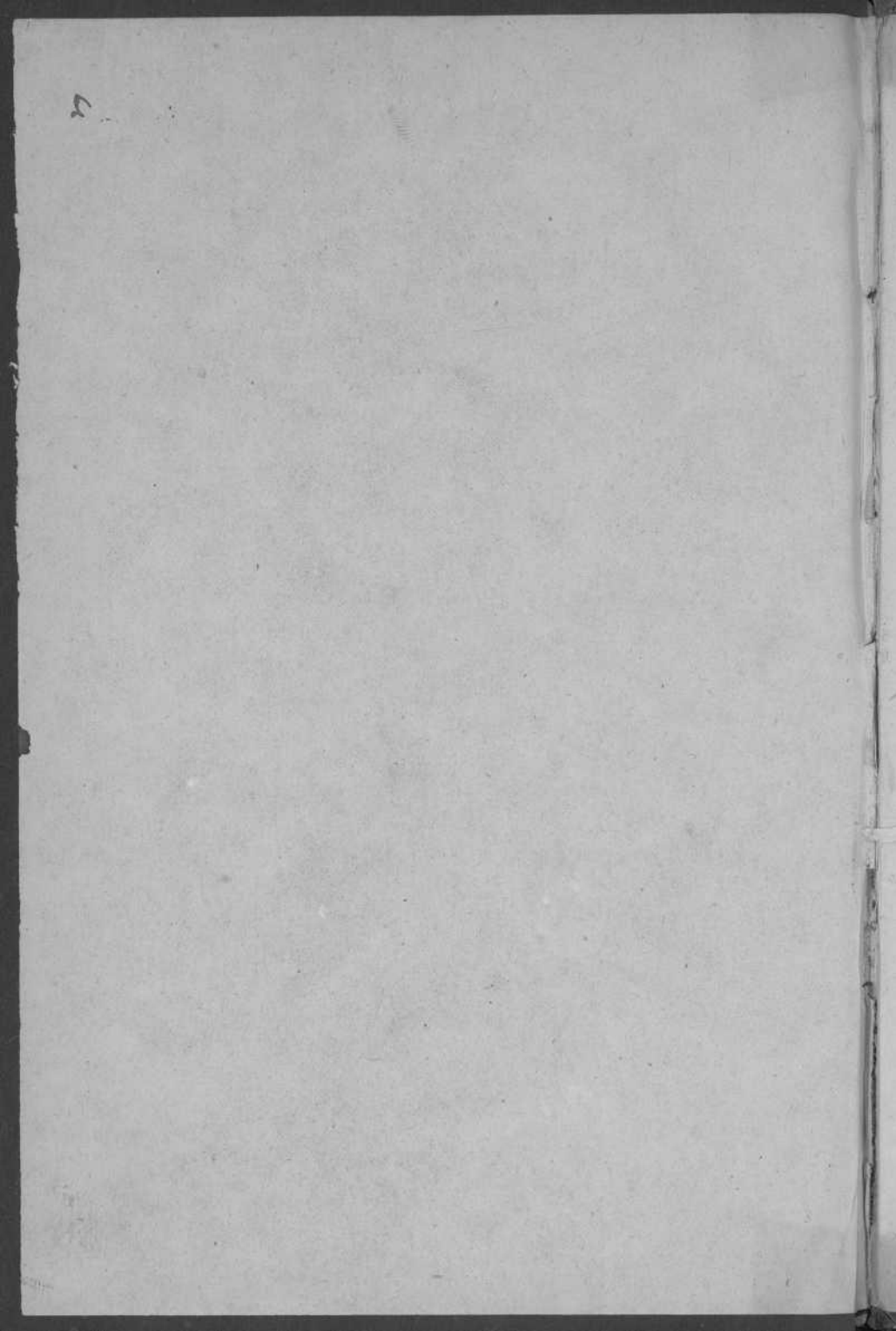












24-6 23

8

4

17

VISO

DERECHO
CIVIL

1

15.283