

104

Fig 68

DECC
A

T. 158357

C. 1199450



R. 12050

COMPENDIO
DE LOS COMENTARIOS
EXTENDIDOS

POR EL MAESTRO ANTONIO GOMEZ,
A LAS OCHENTA Y TRES LEYES

DE TORO:

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

Lleva tambien cinquenta y dos Advertencias que explican extienden, alteran, ó corrigen las especies á que van llamadas.

ESC R I T O

Por el Licenciado D. Pedro Nolasco de Llano, Abogado de los Reales Consejos, y actual Corregidor, Capitan á Guerra, y Juez Subdelegado de rentas de la Villa de Trebugena por nombramiento del Excelentissimo Señor Duque de Medinasidonia.

MADRID: MDCCLXXXV.

Con Licencia: En la Imprenta de D. Joseph Doblado.

*Se ballará en la Libreria de Manuel Urtado,
calle de las Carretas.*

COMPENDIO

DE LOS COMENTARIOS

EXTENDIDOS

POR EL MAESTRO ANTONIO GOMEZ

A LAS OCHENTA Y TRES LEYES

DE TORO:

En que con presencia de las Notas de su Adicionador, queda comprehendido todo lo substancial de ellas: y se insertan tambien Doctrinas del Autor (en los lugares, en que omittió insertar el dicho Adicionador), con varias citas, que ó confirman las proposiciones, ó que contradicen, ó remiten á el Doctor, para que sobre ellas tome mas individual instruccion.

Esta tambien es distinta y por Advertencia, que explican, y aclaran, ó corrigen las especies á que van llamadas.

ESCRITO

Por el Licenciado D. Pedro Nolasco de Llano, Abogado de los Reinos de Castilla, y actual Corregidor, Capitan de Guerra, y Fiscal de la Villa de Trujillo por su natural indiano del Excmo. Sr. Duque de Medinaceli.

MADRID: MDCCLXXXV.

Con Licencia: En la Imprenta de D. Joseph Dobado.

Se halla en la Libreria de Manuel Utrabo, calle de las Carretas.

PROLOGO.

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

este Extracto tu las conocerás , porque de este modo no será notado de prometer mucho , y executar poco. Conozco los muchos defectos que hallarás pero á estos no los darás mucha graduacion, reflexando mi buen fin, y que para conseguirlo he hecho quanto mi cordedad ha podido; y que quedo trabajando otro Epitome igual del tomo de varias Resoluciones del mismo Autor , para que sea Obra completa. *Vale*

... de los Principales de esta Obra, y de los defectos que hallarás, pero á estos no los darás mucha graduacion, reflexando mi buen fin, y que para conseguirlo he hecho quanto mi cordedad ha podido; y que quedo trabajando otro Epitome igual del tomo de varias Resoluciones del mismo Autor, para que sea Obra completa. Vale

ADVERTENCIAS.

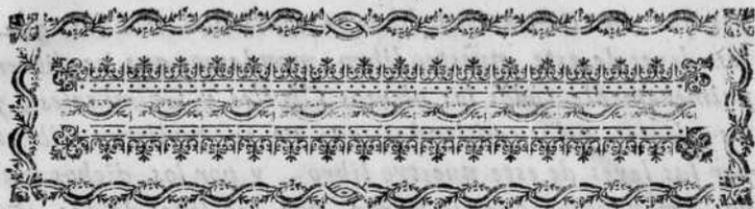
A Los números que encierran los paréntesis corresponden en el original las doctrinas que hasta ellos se encuentran desde los antecedentes: y van acompañados con la ley Real, que en apoyo del todo ó parte de aquellas se trahen por el Antonio Gomez; bien que las del Ordenamiento, ó del Fuero Real, que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

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

Aunque este Compendio lleva el mismo método que el original, suele en alguna otra parte alterarse, anteponiendose las proposiciones de número posterior á las de anterior: esto por haber parecido mas bien coordinado, como se manifiesta en el primer Comentario,

en que se toma principio por el núm. 2. mediante á que tratandose de la Ley, es muy conforme explicar primero su esencia, que no los demás particulares que sobre ella se tocan.

Algunas proposiciones se hallan muy repetidas en diferentes lugares del original; y así como en este Compendio se evita toda extensión insubstantial, no se estrañará la omisión que se descubra de algun otro particular, pues sin duda se encontrará sentado en otra parte, y en ella citado tambien el número donde esté omitido.



LEY PRIMERA DE TORO



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

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

2 SOBRB LOS COMENTARIOS

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

Otro si en echo de los riehtos sea guardado aquel uso y aquella costumbre que fue usada, y guardada en

el tiempo de los otros Reyes; y en el nuestro.

Otro si tenemos por bien que sea guardado el ordanamiento que nos agora becimos en estas cortes para los hijosdalgo: el qual mandamos poner en fin deste nuestro libro: y porque al Rey pertenesce, y ha poder de hacer fueros, y leyes: y de las interpretar, y declarar, y emendar donde viere que cumple. Tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las partidas sobredichas, ó en este nuestro libro, ó en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaracion, y interpretacion, ó emendar, añadir, ó tirar, ó mudar por nos que lo hagamos. Es si alguna contrariedad paresciere en las leyes sobre dichas entre si mesmas, ó en los fueros, ó en qualquier dellos, ó alguna duda fuere hallada en ello, ó algun becho, porque por ellas no se pueda librar, que nos seamos requeridos sobre eso, porque hagamos interpretacion, y declaracion, ó emienda do intendieremos que cumple, ó hagamos ley nueva, la que intendieremos que cumple sobre ello, porque la justicia, y el derecho sea guardado: empero bien queremos y sufrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos bicieron, que se lean en los estudios generales de nuestros Señorío, porque hay en ellos mucha sabiduria: y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, y sean porende mas honrados. Y agora somos informados que la dicha ley no se guarda, ni executa enteramente como debia: y porque nuestra intencion y voluntad es que la dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene. Ordenamos y mandamos que todas las nuestras justicias destos nuestros Reynos y Señoríos ansi de reallengos y abadengos como de ordenes y behedrias y otros Señoríos qualesquier, de qualquier calidad que sean,

4. SOBRE LOS COMENTARIOS

que en la dicha ordenacion, decision, y determinacion de los pleytos y causas guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo segun que en ella se contiene: y en guardandola y cumpliendola en la dicha ordenacion, y decision y determinacion de los pleytos y causas, asi Civiles como Criminales, se guarde la orden siguiente. Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos, y pragmaticas por nos hechas, y por los Reyes donde nos venimos, y los Reyes que de nos vinieren, en la dicha ordenacion y decision y determinacion, se sigan y guarden como en ellas se contiene: no embargante que contra las dichas leyes de ordenamiento, y pragmaticas se diga y alegue que no son usadas ni guardadas. Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros ansi del fuero de las leyes como las de los fueros municipales que cada Ciudad, Villa, ó Lugar tuviere en lo que son, ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares, y no fueren contrarias á las dichas leyes de ordenamientos y pragmaticas, asi en lo que por ellas está determinado, como en lo que determinaremos adelante por algunas leyes, y ordenamientos y pragmaticas, y los Reyes que de nos vinieren: ca por ellas es nuestra intencion y voluntad que se determinen los dichos pleytos y causas, no embargante los dichos fueros, y uso y guarda dellos. Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos, y pragmaticas, y fueros no se pudiere determinar: Mandamos que en tal caso se recurra á las leyes de las siete partidas hechas por el Señor Rey D. Alfonso nuestro progenitor: por las quales en defecto de los dichos ordenamientos, pragmaticas y fuero, mandamos que se determinen los pleytos y causas asi Civiles como Criminales de qualquir ca-
li.

lidad ó cantidad que sean, guardando lo que por ellos fuere determinado como en ellas se contiene: aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas. Y mandamos que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretacion y declaracion de las dichas leyes de ordenamiento, y pragmatikas y fueros, ó de las partidas, que en tal caso recurran á nos, y á los Reyes que de nos vinieren, para la interpretacion et declaracion dellas: porque por nos vistas las dichas dudas declararemos é interpretaremos las dichas leyes como se conviene á servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros subditos y naturales, y la buena administracion de nuestra justicia. Y por quanto nos hemos fecho en la villa de Madrid en el año que pasó de noventa y nueve ciertas leyes y ordenanzas lasquales mandamos que se guardasen en la ordenacion: y algunas en la decision de los pleytos y causa en el nuestro consejo, y en las nuestras audiencias: y entre ellas becimos una ley y ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bartolo y Baldo, y Juan Andres, y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda á falta de ley: y porque agora somos informados que lo que becimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores ha traído mayor daño y inconveniente: porende por la presente revocamos, casamos y anulamos en quanto á esto todo lo contenido en la dicha ley y ordenanza por nos hecha en la dicha villa de Madrid: y mandamos que de aqui adelante no se use della, ni se guarde, ni cumpla, porque nuestra intencion y voluntad es, que cerca de la dicha ordenacion y determinacion de los pleytos y causas solamente se haga y guarde lo contenido en la dicha ley del Señor Rey D. Alfonso, y en esta nuestra.

LEY es una justa Sanción preceptiva de lo bueno, y prohibitiva de lo malo (n. 2. A). Sus requisitos son: Que sea justa: no imposible en lo natural: útil á el público: comun á los súbditos; y reducida á público instrumento (n. 5. B.) (I).

2 La ley solo puede constituirse, ó dudosa interpretarse por el Soberano (n. 6. y 7. C) (II). Debiendo observarse aun en el fuero interno, por contemplarse divina su autoridad: cuya obligacion cesa quando ocasiona á pecar, ó se funde en presuncion; porque constando otra cosa, no liga en conciencia (n. 3. D). Lo mismo siendo penal, por no verificarse en el fuero interno la razon de su establecimiento, reducida á que sirva de terror y exemplo á el público el castigo que con el delinvente se executa (n. 4. E).

3 No impide la subsistencia de la ley referente no aparecer la relata; ni la de una sentencia definitiva respectiva á algun hecho, la incertidumbre de este,

(A) *L. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.*

(B) *Dict. 1. 1. tit. 1. lib. 2.*

(C) *L. 3. tit. 1. lib. 2. Recop.*

(D) *D. Covarr. de testament. cap. 10. n. 9. et 16.*

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

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

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

te, como si se condenase á Juan á que contribuya á Pedro anualmente con cierta cantidad, *segun los antecesores del primero lo habian executado*: de modo que aunque esta expresion no sea cierta, deberá Juan contribuir (n. 11.). Sin que obste no hacer fe el instrumento relativo á otro, si este no se manifiesta, aun afirmando el Escribano ó Notario haberlo visto y leído: por quanto en el primer caso media la autoridad de un Príncipe y el respeto judicial; y en el segundo la asercion de un particular (eod. n. 11. F).

4 El Príncipe no puede privar á los súbditos del derecho adquirido, sino es interviniendo justo motivo, que por lo regular se presume: pues siendo el dominio de derecho Natural, no le puede quitar el Positivo. Causas legítimas son el delito por el que se confiscan los bienes á su perpetrador. La negligencia en tolerar que los bienes estén en poder de otro; en cuyo caso la ley induce prescripcion de ellos. Quando el esclavo descubre á el homicida de su Señor para su condigno castigo, ó á éste le liberta de algun inminente peligro de su vida: ó denuncia al traidor del Príncipe (en que se comprehenden los fabricantes de moneda falsa) ó á el raptor de alguna doncella; en cuyos casos consigue el tal esclavo su libertad, privandose su Señor del dominio que en él tenia. El daño que hace qualquier animal á quien por lo mismo su dueño tiene que darlo *pro noxa*. El crimen bestial que motiva la muerte del animal partícipe. (eod; n. 11. vers. *Item finalitér.*) La utilidad pública, median-
te la qual se le puede precisar á alguno á vender su cosa-
debiendo entonces el Fisco alargar su importe: como
tam-

(F) Castell. *de tertiis cap. 5. n. 3.* Fontanell. *de pract. nup. tom. 2. claus. 14. et fin. ex n. 19.*

tambien en el caso de concederse á qualquier persona la restitucion de sus bienes, aunque otro los tubiese adquiridos: bien que si el Fisco hubiese sido el adquirente, no se extiende aquella á los frutos por este prescibidos. Con advertencia, que el Principe puede justamente perjudicar á tercero en quanto á el tiempo, por via de privilegio; que á otro le conceda: como lo executa en franquear moratorias á fin de que el deudor recorte el beneficio de espera en la satisfaccion del crédito (eod. n. 11. vers. *per rescriptum veró, G.*)

5 Resta ahora manifestar el orden que debén observar los Jueces para la determinacion de qualquier negocio, entre los volúmenes del Derecho. Primeramente debe tener presentes las 83. leyes de Toro. (III) En segundo lugar por las del Ordenamiento, Pragmáticas del Reyno (IV) y siete Partidas (V); aunque se diga no hallar-

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

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

IV. Dos son los Ordenamientos. El primero llamado de *Alcala*, dispuesto por el Señor D. Alonso el IX: y el segundo establecido en tiempo de los Señores Reyes Cathólicos, con nombre de *Nuevo Ordenamiento Real*. Pero es de advertir, que así la autoridad de sus leyes, como la de los libros de Pragmáticas, quedó derogada por la del Señor D. Felipe II. de 14. de Marzo de 1567. colocada al principio de la *Recopilacion*, y mandada observar por la ley 9. tit. 1. lib. 2. de ella; en cuyas Reales disposiciones se previene, que solamente se juzgue por las leyes de dicha nueva *Recopilacion*. De forma que las que en esta se hallen incluidas tienen rigurosa observancia, no por otro motivo, que el de estar recopiladas; Dom. La. r. *alleg.* 37. n. 34. Dom. Olea de *cess. jur.* tit. 2. q. 4. *add. post.* n. 51. n. 4.

Harse e n uso (H). Despues por las leyes del Fuero así general , como municipal , en lo que se acredite su uso y observancia (VI). En defecto de no haber ley del reyno decisiva del caso controverso , será atendible el Derecho Romano (n. 1. I.). (VII.) No encontrandose ley del Reyno canónica ó civil de los Romanos , se ha de estar á la costumbre legítimamente inducida por el tiempo de 10. años , y pluralidad de actos que á este fin se hayan practicado (n. 8. l. 1. y tod. el tit. part. 1.). En defecto de todo lo expuesto debe gobernar la razon natural , como cimiento de todo Derecho , y de la qual este no puede desviarse. Si no bastase lo antecedente , se-

B rá

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

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

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

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

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

10 SOBRE LOS COMENTARIOS

rá regular determinación la que se arregle á la común de los AA.: bien que siendo más equitativa la particular de algunos, merece mayor recomendación (n. 9. J) No siendo suficientes las leyes, costumbres, reglas naturales y opiniones apuntadas, debe determinarse el asunto por lo que en caso idéntico esté dispuesto por derecho (n. 10. K). Finalmente, si el Juez no sepa que hacer, ocurra al Soberano, de quien así como es propio establecer leyes, lo es también el declararlas (cod. n. 10. L).

LEY II.

Porque nuestra intención y voluntad es que los letrados en estos nuestros Reynos sean principalmente instructos é informados de las dichas leyes de nuestros Reynos, pues por ellas y no por otras han de juzgar. Y á nos es echa relación que algunos letrados nos sirven, y otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia sin haber pasado ni estudiado las dichas leyes y ordenamientos y pragmáticas y partidas: de lo qual resulta que en la decisión de los pleitos y causas, algunas veces no se guardan, ni platican las dichas leyes como se debe guardar y platicar, lo qual es contra nuestro servicio. Y porque nuestra intención y voluntad es de mandar recoger y enmendar los dichos ordenamientos para que se bayan de imprimir y cada uno se pueda aprovechar dellos. Porende por la presente ordenamos y mandamos que dentro de un año primero siguiente y dende adelante contado desde la data

(J) Vid. Bobadill. in sua Polit. lib. 2. cap. 7.

(K) Dom. Salg. de retent. p. 2. c. 31. n. 24.

(L) Aut. 1. tit. 1. lib. 2. Recop.

de las nuestras leyes todos los letrados que oy son, ó fueren, así del nuestro consejo, ó Oydores de las nuestras audiencias, y Alcaldes de la nuestra casa y corte y chancillerías do tienen, ó tuvieren otro qualquier cargo y administración de justicia así en lo realengo, como en lo abadengo, como en las ordenes y behedrias como en otro qualquier Señorío de estos nuestros Reynos, no pueda usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos sin que primeramente ayán pasado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas, partidas, y fuero real.

LAS circunstancias que han de concurrir en el Juez se reducen á : Haber estudiado las leyes del Reyno : ser sugero de ciencia y experiencia, debiendo haber adquirido aquella en el preciso tiempo de diez años: y hallarse con la edad de veinte y seis (n. 1. L) de forma, que si en otros términos aceptare este ministerio incurra en perpetua privacion de él. Debe igualmente ser de buena vida y costumbres; temeroso de Dios, y á sus preceptos obediente (cod. n. 1.) su oficio consiste en oír con benignidad á las partes y Abogados de éstas : examinar con madurez los procesos: guardar secreto, y no manifestar cosa contraria á lo que siente (n. 4.): de que procede ser nula la confesion executada por el reo impelido del perdon que se le ofreció (cod. n. 4. M).

2 Para obtener el empleo de Abogado se necesitan cinco años de estudio (n. 5. VIII.) : con advertencia, que

B 2 el

(L) 2. tit. 9. lib. 3. Recop.

(M) Dom. Covarruv. lib. 1. var. cap. 2. n. 16. et tibi Far.

VIII. Para presentarse hoy examen de Letrado es indispensable se presente el Grado de Bachiller con fecha de 4. años
Cer-

el Procurador sin subscripcion y consejo de aquel no pueden formar pedimentos, excepto en casos de nudo hecho como pedir testimonio probatorio &c (n. 6. N.).

3. Para admitirse á el grado de Bachillér ha de transcurrir el tiempo de estudio y asistencia á la Universidad donde se solicite obtener, que prevengan sus Constituciones; y así en la de Salamanca se requieren cinco años de curso (n. 7. IX). Por cuyo intervalo verificandose ausencia de algun Escolar de ella, pierde los privilegios de tal, por presumirse olvidado en la continuacion de su estudio (n. 8.). Y el mismo tiempo de cinco años ó la mayor parte despues de grado de Bachillér, con la circunstancia de continua asistencia á la Universidad basta para el de Licencia, segun General Disposicion Pontificia (n. 9. X). Con cuyas qualidades sin necesidad de otras puede qualquiera obtener el grado de Doctor (cod. n. in fine.).

LEY

(N) L. 8. tit. 24. y l. 25. tit. 16. lib. 2. Recop.

Certificacion de haber practicado otros 4. en Estudio de algun Abogado, y partida de Bautismo que acredite su legitimidad y 25. años de edad (á lo menos en esta Real Chancilleria de Granada): sin embargo de las 11. de Partida que contemplaron suficiente la de 17.

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

X. En la citada Real Provision se declara, que todos los que justifiquen tener cinco cursos ó años de estudio despues del grado de Bachillér ó del tiempo en que lo pudieren recibir sean admitidos á exámen de Licencia.

LEY III.

ORdenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor D. Alfonso, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho Nuncupativo, ora entre los hijos, descendientes legitimos, ora entre los herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dice, in scriptis: mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un escrivano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren, ó pudieren firmar, y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean ocho firmas, y el signo del escrivano. Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á la menos, y en los codicillos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo, ó abierto, conforme á la dicha ley del ordenamiento: los quales dichos testamentos y codicillos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan feé ni prueba en juicio ni fuera del.

EL origen é invencion del testamento proviene de derecho de gentes secundario, como á el segundo capítulo de este pertenece la division de las cosas, motivandola varios conductos que este derecho halló: entre los quales se numéra la disposicion testamentaria, medio, á la verdad, de adquirir el heredero legatario &c. la hacienda del que la formaliza: pues es naturalísimo que qualquiera disponga de sus bienes para un tiempo (que es el de la muerte), en que ya no le que-

14 SOBRE LOS COMENTARIOS

da otro arbitrio. Pero la forma y solemnidad del testamento es de derecho Civil (princip. huj. leg. O).

2 Siendo el testamento un acto permitido por derecho, es evidente que toda persona puede hacerlo no hallandose expresamente prohibida (n. 1.). Estas son: el impúbero, aunque sea *ad pias causas*, por carecer de juicio perfecto para semejante negocio: bien que respecto de otros, como contraher matrimonio teniendo aptitud para la cópula, obligarse por lo menos naturalmente, y *ex delicto*, la malicia suple el defecto de edad, siempre que se halle próximo á la pubertad (n. 2. l. 13. tit. 1. part. 6.). Pudiendo muy bien el Príncipe dispensar en ello porque aunque sea defecto natural, como quiera que la regla de perfeccion de juicio en los varones á los catorce años, y en las hembras á los doce está dada por la ley positiva, muy bien puede alterarse por otra, bien que hallandose el impúbero con un regular juicio, y la apuntada proximidad: mayormente quando él mismo es capaz de otros actos, segun queda dicho, en que sin duda se requiere capacidad y premeditacion (n. 3. P.). Debiendose tener presente que el púbero baxo la potestad de su Curador, aunque no quiera, puede hacer testamento, disponer en su favor, y aun prevenir la venta de sus bienes sin decreto judicial; y aunque el menor baxo la sujecion de Curador se equipára al pupilo baxo la de su Tutor: esto milita en quanto á la imposibilidad de obligarse, no verificandose la intervencion de aquellos y su autoridad; mas no respecto de un acto facultativo, qual lo es el testamento no subordinado á la voluntad de otro que á la del mismo disponente (n. 5.): y de aqui es, que la muger

(O) Dom. Covarruv. lib. 3. var. cap. 6. n. 7.

(P) Antun. de donat. p. 3. cap. 15. n. 18.

etiam marito invito podrá hacerlo; aunque para contraer sea necesario su permiso (cod. n. in fin. 2).

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

4 El esclavo tampoco puede hacerlo por lo impar-ticipante que le constituye su condicion respecto de actos civiles, y la incapacidad que tiene para poseer bienes algunos (n. 12. S.). Ni el cautivo y dado en rehenes, cuyo estado fixo se duda; bien que el testamento executado anteriormente lo recupera por el derecho de postliminio como vuelva de la cautividad (n. 13. T.): ni el que entra en Religion estando ya profeso (cod. n. U.); en inteligencia, que los Religiosos que no son de la Orden Franciscana pueden aun despues de su profesion revocar la

B 4 dis-

(Q) Dom. Greg. Lop. in leg. 1. tit. 1. p. 6. n. 1.

(R) id. Greg. in leg. 13. ejusd. t. n. 5.

(S) l. 16. tit. 1. part. 6.

(T) dict. l. 16.

(U) l. 17. ejusd. tit.

16 SOBRE LOS COMENTARIOS

disposicion que anteriormente tubiesen executada, pues esta facultad es durable hasta la muerte natural (dict. n. 13.): ni el pródigo, á cuyos bienes está puesta judicial intervencion, por quanto ésta supone lo insano de su mente; aun por lo mismo tampoco puede disponer en favor de causa pia, aunque sí respecto de sus hijos (n. 14. l. 13. tit. 1. p. 6. X.); sin que el testamento hecho antes de la prodigalidad dexede subsistir por la advenencia de ella (eod. n. 14.): ni el excomulgado de poderlo executar á pretexto de la prohibicion de otros actos, como son pedir en juicio, servir de testigo, patrocinar &c. ; por quanto aquella no se versa respecto de asuntos extrajudiciales, como lo son contratar, testar, y otros infinitos (n. 15. Z.). Pudiendo igualmente hacer testamento, aun el público usurario, como de caucion de restituir las usuras (n. 15.).

5. Es prohibido asimismo el mudo y sordo juntamente de naturaleza, por la ignorancia de hablar y escribir que tiene, unidos los modos de poder hacer testamento *nuncupativè*, ó *in scriptis*; pero si ambos defectos fueren casuales, bien puede disponerlo, como sepa escribir, y escriba de su puño toda la disposicion; aunque siendo únicamente sordo, bien sea por accidente, ó por naturaleza, pudiendo hablar, cesa la prohibicion, pues ninguno lo es en términos, que hablandole en voz alta dexede de oír; y si fuese mudo solamente, mas de nacimiento, tampoco puede testar. Bien entendido, que el mudo y sordo juntamente, siendo por casualidad, puede celebrar contratos, mediante que para este fin basta la explicacion del consentimiento por medio de algunas

- (X) Dom. Greg. Lop. in ead. l. 13. n. 7.
- (Z) Dom. Covarruv. in rubric. de testam. p. 2. n. 56.

señales, ó demonstraciones que se hagan, asistiendo á este fin un Curador, que se le nombre (n. 16. y dict. l. 13. tit. 1. p. 6.) ; y por lo mismo puede contraer matrimonio (eod. n. 16. A), y aun suceder en mayorazgo (eod. n. B.).

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

7 Si alguno en el testamento Nuncupativo, que estubiere haciendo, hubiere instituido heredero, dexado varias mandas, &c. y prevenido con la muerte se imposibilite de finalizarlo; en duda deben subsistir los particulares ya dispuestos, aunque sean respectivos á legados únicamente, y sin que haya institucion, pues esta no es necesaria por Derecho Real (n. 18. C.). Pero si constase que el Testador queria proceder *ad ulteriora*, nada será válido, aunque sea

(A) Gutierr. de spons. cap. 8.

(B) Dom. Molin. de primog. lib. 1. cap. 8. n. 21.

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

18¹ SOBRE LOS COMENTARIOS

disposición piadosa ; ó en favor de hijos ; mediante, á] verificarse no defecto de solemnidad , pues esta se supone , sino de voluntad , como que pudiera haber mudado , alterado , extendido ó limitado lo ya dispuesto (cod. n. 18. y 19. l. 24. tit. 1. p. 3. D). Y aunque es válido el testamento en que se instituye heredero *baxo las condiciones , que despues se expresarian*, sin embargo de haberse finalizado sin ponerlas: esto es asi por quanto del mismo hecho de verificarse dicha omision , es visto haber mudado de dictamen el Testador ; cesando la relacionada disputa en el caso de ser el testamento Cerrado , como que la solemnidad de este es posterior á su consumacion (dict. n. 19. in fin.).

8 El que hace su testamento en Reyno estraño, cuyas leyes ó costumbres previenen distinta solemnidad , baxo de esta debe otorgarlo , y valdrá en el Pais de su origen respecto de los bienes sitos en este ; porque la solemnidad de qualquier acto debe ser conforme á los Estatutos del Pueblo donde se formaliza. Pero si la ley de aquel en que se hace el testamento se distingue de las de el del origen en punto de legitimidad de la persona del Testador , no es extensiva á prohibirle , ó tolerarle á este su otorgamiento ; y asi aunque el hijo de familia , que segun derecho de España puede hacerlo , se halle en distinto Reyno cuyas leyes lo resistan ; no le servirán estas de obstáculo para que pueda testar , y producirá efecto su disposicion en quanto á los bienes sitos en este Reyno (n. 20. E.). Advirtiendose, que

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

(E) Dom. Covarruv. *de matrim. c. 7. á num. 9.*

que para la interpretacion de un instrumento extendido en otro Idioma es suficiente la declaracion de una sola persona; pues esto no es testificar, sino exponer, ó explicar lo que otros no entienden (n. 21. F.).

9 Siendo dos los modos con que podemos explicar perfectamente nuestra voluntad, de palabra, ó por escrito, de aquí nace haber dos clases de testamento: Numcupativo, ó Abierto: *in scriptis*, ó Cerrado: consistiendo la solemnidad de este ultimo, en que el Testador lo manifieste, sin abrirlo ante Escribano, que signe, y siete testigos, que con aquel lo firmen; expresando ser aquella su voluntad. Y en caso que no supieren, ó el Testador no pudiere firmar, los unos deben hacerlo por los otros, de modo que sean ocho firmas ademas del signo (n. 23. et ist. l. 3. Taur.); quedando derogado en esta parte el derecho Romano, que en caso de la expuesta imposibilidad, pedia la adhibicion de octavo testigo (n. 31). Y aunque en otro qualquier negocio bastan dos ó tres testigos, atendido el derecho Divino, no mudable por el positivo, sin embargo, prescindiendo de que este puede alterarlo, declararlo, ampliarlo, ó limitarlo en ciertos casos, verificando para ello justa causa, debe entenderse aquella regla únicamente respecto de los actos en que solo se trata de prueba, mas no de los que además de ella necesitan solemnidad, qual es el testamento: esto ademas de ser facillimo en su faccion qualquier falsedad, si no interviniere un crecido número de testigos, que pudieran evitarla (n. 24).
Debiendo estos ser precisamente varones: porque

(F) Vid. Larr. de vit. homin. cap. 15.

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

(lo

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

{Lo mismo se entiende de otro qualquier defecto), se inválida sin duda el testamento por defecto de prueba (n. 27. y 28. l. 9. in fin. tit. 1. part. 6.) Sin necesitarse ya por derecho Real la circunstancia de rogacion, que exigía el Romano; pues era extraño que la falta de una solemnidad escrupulosa, huviera de viciar tan seria disposicion (n. 29.): no siendo de omitir, que el Clérigo Regular, ó Secular pueden ser testigos, asi en testamentos, como en lo demás precediendo permiso de sus respectivos Superiores (n. 28. G.).

10 Aunque del mismo modo que los testigos testamentarios deben firmar la disposicion, les era tambien forzoso antiguamente hacerlo en los contratos; no obstante en estos se halla nuevamente dispuesto que sea suficiente la subscripcion de los contrayentes (n. 30 H). Bien entendido, que en el preciso caso de necesitarse de la de un testigo por los demás Testamentarios, ignorantes, ú imposibilitados de firmar no es suficiente una por todos, antes bien ha de formar tantas subscripciones quantas sean las personas por quienes supla el defecto de las suyas (n. 31. Sin que deban ya signar, como antiguamente, sino solamente el Escribano: cuyas solemnidades hasta aqui explicadas, no verificandose, se anula el testamento, por ser substanciales de él (n. 32.). Procediendo la propia nulidad si el otorgamiento no se hiciere á un mismo tiempo ante el Escribano; y testigos, ó se verificare la intervencion de actos de distinta naturaleza; pues los legítimos, y

507

(G) *Vid. Ayll. lib. 3. cap. 12. n. 20.*

(H) *L. 13. tit. 25. lib. 4. Recop.*

solemnes qual lo es el Testamentario, tienen esta particularidad; además de que en el primer caso faltaria la unidad de tiempo, y en quanto á él serian singulares los testigos: bien que la extension del testamento admite interrupcion (n. 33. Y): debiendo estar escrito por el mismo Testador, ó persona de su confianza: (n. 34. l. 2. tit. 1. part. 6.).

II Aunque el testamento Cerrado hecho privadamente y sin autoridad de Escribano, requiere para su subsistencia, que despues se verifique publicacion de él (n. 35.) y aun por lo mismo es peligroso disponerlo asi, porque si algun testigo falta á el tiempo de ella, se invalida la disposicion (n. 36. in fin. XII.) no obstante en el echo ante Escribano, sucede lo contrario, pues la autoridad de éste motiva á que haga fe, sin el requisito de apertura, y publicacion (n. 37. XIII.); y aun es tan necesaria, que

(Y) L. 3. tit. 1. p. 6.

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

XIII. Parece confundirse en este lugar por el Maestro Antonio Gomez la apertura con la publicacion del testamento, siendo en realidad distintos actos. En aquella solo se trata de acreditar la identidad de la disposicion, y se ha de

que no verificandose en toda disposicion Cerrada, se invalida esta misma, aunque despues se abra y publique atendido lo literal de nuestra ley 3. (ex n. 38. ad 42.).

12 La solemnidad de apertura consiste, en que el heredero ú otro interesado (cuya qualidad basta acreditarla por presunciones, como que es asunto sumario): tambien el hijo preterido, ó injustamente desheredado á fin de proponer éste la queja correspondiente; solicita ante el Juez ordinario se abra y publique el testamento; y precediendo citacion de los que en ello puedan tener intereses, quales son los herederos *ab intestato*, se manda que los testigos reconozcan sus respectivas firmas; quienes así lo hacen; deponiendo haber echo el Testador á su presencia el otorgamiento: y en vista de todo se extiende el Auto, en que se preceptúa dicha apertura, y que de la citada disposicion se den los traslados que las partes pidieren, interponiendose en todos y cada uno de ellos la autoridad y decreto judicial quanto ha lugar en derecho (n. 35. y 36. l. 3. tit. 7. p. 6.) Debiendo tener tambien qualquier testamento hecho ante Escribano la circunstancia del dia, mes, y año en que se otorgó, mediante á ser instrumento público (n. 42. l. 4. y 54. tit. 8. p. 3.): y así los que no lo son qual es el testamento Numcupativo verbal, ó extendido en Escritura privada disimulan el defecto de fecha, y mas quando los testigos la

ex-

de verificar precisamente en las que sean cerradas, aunque haya Escribano; y en esta de poner en forma solemne la última voluntad, de que solo necesita el testamento Numcupativo verbal, ó estendido en Escritura privada.

expresan á el tiempo de la publicacion y exámen que se les hace sobre el tenor de la última voluntad (n. 43. y 44.): en cuya sazón, si alguno hubiese muerto ó inhabilitadose en otra qualquier forma se invalida la disposicion por defecto del número de testigos apetecido por la ley (n. 46.).

13 El testamento Nuncupativo debe hacerse ante Escribano, y tres testigos, ó ante cinco que sean vecinos del Pueblo, en caso de no intervenir persona pública, ó extenderse en Escritura privada; y aun bastan tres de dicha qualidad si sea parage desierto; siendo tambien suficiente la solemnidad de siete testigos no vecinos, aunque en este caso, y demás, excepto el primero, haya en el Pueblo Escribano que pudiese autorizar el acto (n. 47. l. r. tit. 4. lib. 5. Recop.).

14 Aunque parece que en el testamento hecho en tiempo de peste, atendida la necesidad del caso, debía disimularse á efecto de su validacion algun defecto de solemnidad en lo respectivo á el numero de los testigos, sin embargo no lo permite la generalidad con que se explica nuestra ley tercera de Toro, sin exceptuar aquella clase de disposicion (n. 48. XIV), previniendo tambien en las executadas en favor de hijos y descendientes la propia solemnidad que en las formalizadas entre estraños siendo digno de ad-
ver.

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

vertir, que interin se otorga el testamento Cerrado, ó el Numcupativo se propala, no se ha de verificar intervalo de tiempo, ni distincion de sitios, mezclandose otros actos (á excepcion de el que por lo natural fuese preciso, y refiere la ley 3. t. 1. p. 6.); pues de lo contrario se verificaria singularidad en los testigos, ó serian muchas las disposiciones: aquello, por no hallarse todos presentes á un mismo tiempo, y á idénticos particulares: y esto, por la diversidad de sitios en que se hubiesen expuestos; bien que es tolerable, que hecho el testamento á presencia de todos los testigos, unos depongan de algunas especies, y otros de las demás, á causa de no poder atraher á la memoria todo su contenido (n. 49. y 50.).

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

16 Aunque para la validacion del testamento hecho en favor de hijos y descendientes bastaban antiguamente las solemnidades establecidas por derecho Divino; y el de Gentes con ciertos requisitos que se proponen desde el n. 53. hasta el 59. exclusives; hoy con arreglo á nuestra ley tercera se requieren todas las que deben intervenir en los que se for-

malizan entre estraños: y esto aunque el practicado en favor de hijos sea Cerrado, mediante á ser disposicion mas solemne que el Numcupativo, á fin de evitar fraudes menos faciles en éste que en aquels; y así no es presumible quisiese esta ley tercera dexar el testamento Cerrado hecho en favor de hijos, en las circunstancias de derecho antiguo, quando formalizandose Abierto entre los mismos se apetece mayor solemnidad (n. 59. y 60.).

17 En los codicilos *in scriptis*, ó testamento de esta clase, que contenga clausula codicilar, se requieren cinco testigos, pues la disposicion civil, que lo previene, no se halla alterada por derecho Real. Mas en los Abiertos hasta la solemnidad del testamento Abierto, segun lo expresibo de dicha ley (n. 60. in fin.). Clausula codicilar es aquella en que el Testador expresa, que si su testamento no pudiere subsistir como tal, valga por lo menos en calidad de codicilo; bien que hay casos en que sin embargo de no verificarse la expresion antecedente, se entiende puesta virtualmente, como quando se dispone en favor de los hijos, produciendo de qualquier modo que sea dos efectos utilísimos: El primero respecto de la solemnidad; por que teniendo la de un Codicilo, aunque le falte la de testamento (se habla del Cerrado, porque el Abierto tiene iguales requisitos que el instrumento codicilar), subsiste como codicilo: y el segundo terminante á la voluntad del disponente, que aunque no valdrá directamente, sí por lo menos con fideicomiso, quedando los herederos *ab intestato* obligados á entregar á los Testamentarios lo que se les hubiese dexado en la disposicion; bien que reteniendose por aquellos la

cuarta falcidia, que les corresponde como tales fiduciarios: de donde nace; que aunque la pretericion del hijo anule el testamento, como siempre queda el efugio de que valga á lo menos como codicilo, tendrá aquel obligacion de restituir por concepto de mejora, legado, ó fideicomiso, á sus hermanos, reteniendo la legitima correspondiente, las quotas asignadas en el testamento; aunque lo sean en calidad de institucion, pues la *Authent. ex caus. de liber. præterit.* solo permite la directa subsistencia de legados y fideicomisos particulares en el propuesto caso de nulidad: y lo mismo en quanto á mejoras la ley 24. de Toro (n. 62. 63. y 64.).

18 Ya queda sentado en los §§. antecedentes, que el codicilo Numcupativo pide las mismas solemnidades que el testamento Abierto, y que el Cerrado exige precisamente cinco testigos, y sus subscripciones, bien haya ó no intervencion de Escrivano (nn. 66. 67. 68. y 69.): pero se duda *utrum* en los codicilos se admitan por testigos las hembras. La opinion afirmativa es mas sólida; pues aunque nuestra ley tercera establece la misma solemnidad en los codicilos, que en los testamentos Numcupativos, en que solo se admiten varones, procede esta identidad en quanto á el número de testigos, mas no respecto de su qualidad (n. 70.).

19 La clausula codicilar, que en el §. 17. se dixo entenderse virtualmente puesta *ex voluntate defuncti* testando entre los hijos, se extiende tambien á el testamento, en que interviene juramento del Testador, apeteciendo el absoluto cumplimiento de su última voluntad; ó le manda á su heredero jure lo mismo. Lo propio sucede quando aquel expresa que

valga su disposición en aquel mejor modo y forma que sea posible: tambien si el testamento se halle concebido con expresiones indicativas de fideicomiso, v. g. si qualquiera aprobare en su segundo testamento el anterior defectuoso; en cuyo caso los herederos instituidos en aquel deben restituir por via de fideicomiso á los de éste los bienes del difunto. Lo mismo se verifica, si el disponente previniese á su heredero no disponga de la herencia, pues tambien se conceptúa gravado tácitamente á la citada restitucion en favor de los parientes que le sucederian *ab intestato* (nn. 74. 75. 76. y 77.). Siendo digno de advertir, que si el padre preteriere á el hijo sabiendo lo tenia (porque si lo ignorase es absoluto heredero de todo, sin obligacion de restituir cosa alguna, mediante á presumirse que si lo hubiese sabido, sin duda no le hubiera preterido, instituyendole como correspondiera), é hiciere á un extraño su heredero; aunque la disposicion se anule en lo directo, no obstante el hijo, reteniendo su legítima (que hoy es todo el caudal, sacado el quinto) deberá restituir á el instituido por concepto de fideicomiso los bienes de su padre; bien que para ello ha de contener el tal testamento clausula codicilar expresamente extendida (n. 78.): sin que pueda el hijo en el propuesto caso, *extra* de dicha su legítima, sacar del quinto, que ha de entregar á el extraño, la quarta Trebellianica; por quanto aqui no se verifica la razon inductiva de esta deducion, á fin de que el heredero fiduciario estimulado con dicho interese, no dexase sin aceptar la herencia, é hiciese restitucion de lo demás; pues el hijo, como que percibió todo lo mas del caudal,

no puede escusarse á entregar íntegramente el quinto con pretexto de no quedarle util alguno (n. 84. l. fin. tit. I I. p. 6. verb. *de su parte legitima*): bien que en opinion de muchos no corre hoy la disputa antecedente, respecto á Poder el Padre disponer libremente del quinto en favor de estraños (n. 80.). Siendo digno de tener presente, que en otros muchos casos en que *jure directo* no es sostenible la última voluntad, queda obliquada en concepto de fideicomiso: como se verifica en la institucion hecha en un codicilo ó testamento en que haya clausula codicilar (n. 86. 87. y 88. K).

20 El testamento se revoca por la rotura, cancelacion, borradura, enmienda, sobrerascado en parte alguna substancial: valiendo en duda lo demás que no se halle con dicho defecto; excepto si el Testador ó Escrivano lo salven, en cuyo caso permanece firme todo lo dispuesto: como tambien quando fueren casuales los enunciados defectos, ó si el Testador rompiese una de muchas copias ó exemplares que tubiese de su testamento, porque entonces solo se conceptúa renunciar aquel de esta prueba; y así no habiendo mas que una copia, y esta se rompiere ó quemare *expressò*, quedará revocada la disposicion: á exemplo del acreedor que rompe ó entrega á el deudor el documento de su crédito, con cuyo hecho es visto remitirsele á éste la obligacion (n. 90. y 91. l. 24. tit. I. p. 6.).

21 Tambien se revoca el testamento por otro *æquò* perfecto, aunque el heredero de este no quiera ó no pueda adir la herencia; pues solo se atiende á que de él co-

C 3

mo

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

mo completo de sus solemnidades pueda adirse, por mas que esta lo impida alguna casualidad: cesando aquella revocacion quando el testamento primero contiene clausula derogatoria de los que en adelante se hicieren, mediante á ser un acto voluntario, en los quales sola la protestacion impide la subsistencia de los futuros: excepto si en el segundo testamento se exprese la revocacion del primero, *no obstante las clausulas derogatorias que este contenga*; pues esta expresion produce la permanencia de aquel, como que ninguno puede imponerse tal ley, que le quite la libertad de contravenirla (ns. 92. y 93. l. 22. y 23. tit. 1. p.6.). Siendo digno de advertir, que si la primera disposicion contenga clausula derogatoria especial, como si se dixese: *no quiero que valga otra alguna que formalizare, si no contenga esta ó esotra proposicion*: entonces basta que en la segunda se extienda esta expresion: *Revoco mi anterior testamento sin embargo de qualquier clausulas derogatorias que comprehenda*; sin ser necesaria específica mencion de ellas (n. 94.). Bien entendido, que se verifican varios casos en que se entiende virtualmente puesta la clausula derogatoria; v. g. si se instituyere á algun amigo (n. 93.) ó si la disposicion fuere jurada (95. y 96.); de modo que para la revocacion de semejantes testamentos es necesaria la extension de la citada clausula derogatoria; y por el contrario, si son posteriores, destruyen las antecedentes, aunque estos contengan iguales circunstancias (L.).

22 Ya queda sentado en el §. 16. que atendida nuestra ley tercera así el testamento Numcupativo, como el *in scriptis* hechos en favor de los hijos requieren

hoy

(L.) Vid D. Covarruv. in rubr. de testam. 2. p. ex n. 57. ad 761.

hoy para su validacion las mismas solemnidades que respectivamente deben concurrir en los formalizados en beneficios de estraños; por cuyo motivo es superfluo disputar acerca de la subsistencia del testamento segundo en que son instituidos los parientes con la única asistencia de cinco testigos, á fin de que quede revocado el primero, en que lo estaba algun estraño; pues ni basta aquella solemnidad aunque los instituidos sean hijos (que es mas), en las disposiciones cerradas, ni aunque sea suficiente en las nuncupativas podrá revocar la segunda hecha en favor de parientes, la precedente que lo esté en el de estraño por razon de esta circunstancia y sí por el motivo de ser testamento solemne, qual lo es el Numcupativo hecho con cinco testigos (ex n. 97. usque ad 102.).

23 Aunque por derecho antiguo era disputable la revocacion de un testamento solemne hecho verbalmente sin institucion alguna de heredero; (ns. 102. y 103.) como quiera que hoy no se requiere esta circunstancia (l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.): es inconcuso que esta ultima voluntad declarada solemnemente invalidará la anterior, aunque en aquella no haya heredero nombrado; mayormente quando la expresa verbal revocacion induce la presuncion de que el que la hace quiere morir *ab intestato*, con el fin de que sus parientes le hereden (n. 104.).

24 Si alguno habiendo hecho perfectamente su testamento Numcupativo por escritura pública falleciese antes que se le leyese (lo qual no es presumible, si no se prueba, ó el Escrivano lo anote de algun modo; como si pusiese la expresion de haberse concluido enteramente el tal testamento), como que contiene un defecto de voluntad, pues pudiera haber extendido-

se la disposicion en distinto términos, no subsiste, aunque sea en favor de hijos ó causa-pia. Pero si se hubiese hecho por Escritura privada, en cuyo caso á el tiempo de su publicacion los testigos deponen del tenor de la última voluntad, cesa por lo mismo el narrado escrúpulo, y queda firme el testamento, aunque no hubiese verificado su lectura (n. 107. y 108. l. 54. in fin. et 102. t. 18. p. 3. M).

25 Puede muy bien el testador instituir heredero, siendo preguntado por éste mismo ú otra persona, y responda *que sí*; porque aqui está clara la voluntad y no dudosa, que es el reparo que pudiera haber; y aunque está prevenido, que el nombramiento de heredero se haga por boca del mismo Testador, esto procede quando no se verifica precedencia de dicha interrogacion, que viene á ser lo propio; pues á qualquiera es lícito hacer testamento del modo que pueda, siempre que su voluntad se dexé comprehender, y se explique á presencia del número de testigos apetecidos por la ley (n. 109. N): y por lo mismo si el Testador estubiese tan agravado en su enfermedad, que no pueda hablar será nula la institucion que haga por señas (n. 110.) excepto si fuese en favor de los hijos ó causa-pia, ó fueren legados y fideicomisos particulares; porque estos pueden dexarse por señales (n. 111.). Siendo tambien disimulable hacerse la institucion por palabras tardas y sin perfecta articulacion (cod. n. 110. O). Sin que sea presumible care-

(M) *Vid. Excaño de testam. c. 14. Dom Castell. lib. 4. controv. c. 22. n. 35. et. lib. 5. c. 71.*

(N) *Vid eund. Dom. Castell. cod. lib. c. 27. et. lib. 5. c. 73. Escañ. cap. 19. 20. y 21.*

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

cia de juicio el disponente por haber fallecido inmediatamente que finalizó el testamento; porque no es incompatible tener perfecto el sentido en ultimo trance de la vida (n. 112. P). Advirtiendose que no se obliga en fideicomiso la institucion hecha por señas, sino que se execute *ad integracione alterius* (n. 114.).

no. 26 Si el testador á efecto de instituir heredero, ó dexar algun legado se explicare con palabras que motiven duda en razon de ser ó no voluntad deliberada, v. g. si dixere: *yo he de instituir ó legar á Pedro, ó debo instituirlo ó dexarle tal cosa*; no se debe tener por testamento, porque solo es manifestar su voluntad para en adelante. Pero si dixese: *quiero instituir á Ticio*, y hubiese intervenido rogacion de los testigos para hacer esta expresion, se reputára por una voluntad para en lo presente; y lo mismo si aunque no se verificáre la circunstancia de rogacion, se digan aquellas palabras en los términos finales de la vida, porque en esta sazón no se puede conceptuar, que el Testador manifestaba su ánimo para lo venidero, quando su muerte estaba tan inmediata (n. 115. ad 117.). Debiendose hacer igual presuncion de deliberacion por lo respectivo á legados y fideicomisos particulares, dexándose con juramento; aunque las expresiones sean algo dudosas y no preceda la rogacion de testigos (cod. n. 117. in fin.) de suerte, que así en testamentos, como en contratos que penden de la voluntad de uno, quales son la promesa, donacion &c. verificandose duda sobre si será ó no voluntad deliberada de disponer ú obligarse, es indispensable para hacer juicio de lo primero la concurrencia de ro-

ga-

gacion ú otra circunstancia que desembaraze la perplexidad : y por lo mismo en los actos que se formalizan entre dos ; v. g. la venta , locacion , sociedad , &c. del hecho de intervenir ambos contrayentes se colige desde luego la expuesta deliberacion (n. 118. y 119.).

27 Aunque en opinion de muchos el heredero instituido en testamento menos solemne , constandole con evidencia ser aquella la voluntad del Testador , puede retener *in foro poli* los bienes hereditarios , por cesar en este caso la sospecha de falsedad que pudiera haber intervenido : fundamento á la verdad , que motivó tantos requisitos en las disposiciones testamentarias ; infiriendose de esta conclusion suceder lo mismo en otros casos en que el interesado está cierto de no haberse verificado la causa impulsiva de la ley ; v. g. quando el heredero no habiendo hecho inventario , ni menos ocultado bienes algunos , no está obligado *in foro conscientie ultra vires hereditarias* (n. 120. y 121.) No obstante en dictamen de otros infinitos no queda seguro en el mismo fuero el heredero , antes bien tiene obligacion de restituir los citados bienes á los que lo fuesen *ab intestato* , quienes estando en posesion de ellos retendrán justamente , sin necesidad alguna de entregarlos á los testamentarios. Esta sentencia se Persuade reflexádo que las leyes humanas positivas , constituidas por lexítimo Legislador movido de justa causa y sobre cosa cierta obliga á los súbditos aun en el fuero interno. De esta naturaleza es la disposicion que prebiene en los testamentos sus solemnidades , por quanto preceptua su intervencion , aunque no se verifique falsedad , y por lo mismo no se funda en presuncion de esta : á que se agrega , que siendo nulo el testamento *ex defectu formæ* , no tie-

ne el heredero escrito titulo alguno justo para retener la herencia. Y aunque por derecho Divino y el de Gentes es suficiente el número de dos ó tres testigos ya queda dicho que puede alterarse por el Positivo en ciertos casos, interviniendo para ello justa causa (n. 122. y 123. Q)(XV)

28 De lo antecedente se infiere, que el que compra alguna cosa del menor sin autoridad de su Curador ni permiso judicial: el adquiriente de cosa dotal de marido y muger sin juramento, ó de esta sin permiso de aquel: ó de la Iglesia su Sindico ó Procurador sin la debida solemnidad: el Juez que compra en el territorio de su jurisdiccion: y el Tutor ó Curador de su menor, deben restituir en conciencia lo comprado y adquirido á sus respectivos dueños, aunque el derecho Natural disimule en estos casos la falta de las circunstancias establecidas por el Positivo (n. 124.); y por el contrario, el que se halle guarecido con legitimo titulo, aunque civil, retendrá lícitamente lo que atendido el natural debiera entregar: v. g. el hijo de familia respecto de lo que tuviere en mutuo (*nisi locupletetur*): la muger en lo tocante á la fianza que formalice: el comprador con pacto de retrovender, respecto de los bienes ó frutos producidos en aquel interválo: en que con buena fe comprase cosa agena al Príncipe, como que es contra-

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

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

trato *ipso jure* válido : y últimamente el que cumplido el tiempo de la prescripcion sea sabidor de ser la halaja que poseía perteneciente á otro (n. 125.).

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

LEY IV.

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

Por

1 **P**OR derecho Civil y de Partidas el condenado á muerte natural ó civil, qual es la deportacion, galeras &c. se hacia siervo de pena, inhabil é intestable; y esto aun antes que la sentencia se executase; bien que por el de autenticas, el sentenciado á muerte civil, siendo persona bien nacida queda ileso de aquel borron (n. 1. y 2.). Mas nuestra ley quarta de Toro deroga lo expresado, considerando esento de dicha servidumbre de pena asi á el condenado á muerte natural, como civil, bien sea ó no bien nacido, qual es el siervo que consigió libertad, el expurio y otros; quedando hábil para testar, fundar mayorazgo, hacer mejoramientos á sus hijos, y demás que le parezca de los bienes que no le hubieren sido confiscados (n. 3. y 4.). Igualmente tiene facultad, aun verificada la confiscacion de toda su hacienda, para formalizar testamento con otros fines; v. g. á efecto de proveer á sus hijos de Tutor, ó substituto pupilar: ó que el heredero suceda en los bienes que el tal condenado adquiriera despues de la sentencia, á cuyo caso no se estiende en duda la confiscacion, como ni tampoco á los que se le debiesen al reo *sub conditione*, que provenga de ultima voluntad, y no de contrato; porque en el primer caso no es transmisible el derecho condicional á el heredero ó fisco, y si lo es en el segundo (n. 5.).

2 Pueden verificarse muchos casos en que desde la sentencia hasta su execucion medie intervalo suficiente para contemplar capaz al reo condenado en suceder á otro *ex testamento* ó *ab intestato*: Primero quando se apeló de dicha providencia, ó aunque no

se hubiese interpuesto apelacion, se esté en el término de ella. Segundo: Si la execucion de la sentencia de muerte se suspenda porque el reo tenga que dar cuentas de alguna administracion, ó por estar preñada la delinçiente: Tercero: Quando se escape de la prision; y otros casos que pudieran proponerse (n. 6.). En todos los quales es capaz el condenado de adquirir herencia, legado ó fideicomiso, transmitir á sus herederos &c; pues concediendosele la faccion activa de testamento que es mas, se le debe permitir la pasiva, asunto á la verdad de menos importancia; comprobandose esto mismo de que el impúbero, religioso, dado en rehenes, mentecapto y otros, se hallan prohibidos de testar, y sin embargo pueden heredar; además de requerirse la capacidad del Testador en los mismos tiempos que en el heredero: conviene á saber: en el de la institucion, en el de la muerte, y en el de la adicion respecto del último; porque el primero se supone haber ya fallecido. Y aunque esta ley quarta es correctoria, y por lo mismo no extensiva á los casos que no expresa: como es igual ó menor, qual es la testamentifaccion pasiva respecto de la activa se verifica lo contrario (n. 7. R.). Y últimamente puede el condenado aun á muerte natural, celebrar contratos, obligarse, y adquirir derecho de ellos; mayormente quando estos pueden intervenir en los testamentos, cuya faccion no se le niega á aquel (n. 8.).

LEY

(R) Gutierrez. *pract. quest. civ. lib. 2. quest. 38.*

LEY V.

EL hijo, ó hija que está en poder de su padre seyendo de edad legitima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder.

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

LEY

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

LEY VI.

LOS ascendientes legítimos, por su orden y línea derecha sucedan *ex testamento et ab intestato* á sus descendientes, y les sean legítimos herederos como lo son ^{los} descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que ayan derecho de les heredar: pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquier ultima voluntad por su alma, ó en otra cosa qual quisieren: lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbra tornar sus bienes al tronco, ó la rayz á la rayz.

LOS padres y demas ascendientes por su respectivo orden suceden á sus hijos y descendientes no *jure peculii*, y como si los bienes de estos fuesen propios de aquellos, segun estaba dispuesto por derecho antiguo; sino *jure hereditario*, y en defecto de no tener descendientes aquellos, á quienes se trata de heredarlos, en conformidad de lo prevenido en esta ley, que es correctoria del expuesto derecho Comun (n. 1. 2. y 3. vers. *Sed hodie*): de suerte que por el del Reyno, solamente heredará el padre *jure peculii* quando los bienes del hijo sean *merè* profecticos, como que éste nada tiene en ellos (eod. n. 2. vers. *Hodie tamen*: debiendo suceder el padre á el hijo con preferencia á los her-
ma-

manos de éste, aunque sean enteros, con arreglo á la siguiente ley 7. de Toro, bien se halle ó no emancipado (n. 4.). Siendo digno de advertir, que la sucesion de padres á hijos no proviene de derecho natural, como la de hijos á padres, sino de mereo positivo por un concepto de piedad y conmiseracion (bien que en otro sentido, ya por la cognacion que entre ambos media de resultas de la generacion natural, y ya porque aun siendo estraños, se verifica *lato modo* ser todos los hombres hijos de un padre, se puede llamar toda sucesion de derecho natural): por lo qual el nieto se prefiere á el abuelo para heredar á la persona media: se puede establecer ley, ó estatuto prohibitivo de que los ascendientes sucedan á sus descendientes, y aun privarles de su legítima, anteponiendo á otro pariente, ó del todo estraño: y aun por esto mismo en la ley 10. de Toro, á voluntad del padre son preferidos los hijos naturales á el abuelo: tiene aquel facultad para privar á la madre de lo que le perteneciere por muerte del hijo, dandole á éste substituto pupilar: y últimamente á el padre no se le impide renunciar sin juramento de la sucesion del hijo, siendo así que á éste no le es lícito hacerlo de la de aquel sin la dicha circunstancia (n. 5. vers. *Ex quo.*).

2. Los ascendientes deben suceder segun la prerrogativa del grado que ocupen respectivamente; y así los que se hallen en primero deben heredar con exclusion de los del segundo, como se verifica en el padre y la madre, ó habiendo solo uno de estos: de modo, que los padres del premuerto, y abuelos de aquel á quien se trata de heredar, quedan

42 SOBRE LOS COMENTARIOS

dan excluidos por estar en segundo grado de ascendencia (n. 6.), y carecer esta linea de derecho de representacion (n. 7.), á causa de que el padre no se subroga en lugar del hijo, como éste en el de aquél, como imagen suya, y por quien se perpetúa mediante la substancia que le presta la generacion (cod. n. 6.).

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

le-

legítimas lo que en vida huviesen percibido de sus padres respectivamente: todo lo qual por el contrario acontece en la linea ascendental (cod. n. ex vers. *Advertendum tamen.*).

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

5 Si el padre, ú otro ascendiente tubiese el usufructo del hijo, nieto &c. á el tiempo que éste mu-

riese , heredarán igualmente sus bienes con los demás que se hallen en el mismo grado , respecto de la propiedad ; pues el usufructo permanece en el mismo padre usufructuario hasta que fallezca , á causa de que aquel derecho no espira por muerte del propietario. Y aunque la patria potestad , que es el motivo de dicho usufructo , fenézca en el citado caso , basta se verificase en la sazón de adquirirlo para la continuacion de sus efectos , como se advierte en otros casos (n. 11. S). A consecuencia de lo qual , concurriendo los abuelos paternos á heredar á el nieto , la abuela tomará su mitad de la propiedad , quedandose el abuelo con la otra mitad , y además todo el usufructo que tenia en los bienes del nieto ; bien que hoy atendida la ley 48. de Toro , en la que se proviene disolverse la patria potestad por el matrimonio , no se verifica este caso ; porque la persona media , que se supone muerta , por el casamiento de que tubo á el hijo , nieto del heredero , salió del poderío de éste y por lo mismo el tal , de cuya sucesion se trata , nunca estuvo , ni menos murió en la potestad del abuelo para que éste pudiese tener el usufructo de sus bienes ; teniendo únicamente lugar la expuesta doctrina quando el hijo murió casado , y no velado , como que entonces permanece todavía baxo el poderío paternal , y de consiguiente el nieto (n. 12. vers. *Secundo infero*) ; y con arreglo á esta distincion , debe entenderse el caso en que herede el padre la propiedad ,

(S) Dom. Molin. de bisp. primog. lib. 1. c. 19. n. 20. et lib. 2. c. 9. n. 24. Dom. Castell. lib. 1. de usufruct. c. 3. n. 44. et cap. 63.

y el abuelo reserve el usufructo que tenía en los bienes del nieto (eod. n. vers. *Tertio infero*) : y lo mismo el en que muerta la persona media, herede su hijo queriendo el abuelo de éste continuar usufructuando los bienes hereditarios (eod. n. vers. *Quarto infero*).

6 El padre , instituido por el hijo en las dos terceras partes del caudal , que es su legítima , no debe retener el usufructo de la otra tercera porcion que el hijo puede dexar , y dexare á quien quisiere , y como quisiere ; de modo que el heredero en ella la adquiere en usufructo y propiedad. En prueba de lo qual hace que el hijo tiene facultad *para hacer qualquier última voluntad por su alma* de dicha tercera parte con arreglo á esta ley sexta ; y si el padre retubiera el usufructo de ella , se dilatara hasta que muriese aquel sufragio : asunto á la verdad repugnante : como tambien lo es el efugio de que vendiendose la propiedad , no se verificaba dicho inconveniente ; pues entonces quedaba el padre expuesto á sufrir un propietario díscolo y sedicioso , que le molestase , á lo qual era especie de irreverencia , diese lugar el hijo ; además , que éste en conformidad de la ley quinta de Toro puede testar como si estubiese fuera del poder de aquel , en cuyo caso sin duda cesa el derecho de usufructo (ex n. 13. ad 14. exclusivè.).

7 No obstante de que habiendo costumbre en dividirse los bienes adquiridos por linea paterna ó materna , deben heredarse los primeros por los abuelos paternos , y los segundos por los maternos : esto procede quando suceden *ab intestato* porque siendo *ex testamento* , puede el hijo dexarles sus legítimas

mas sin esta division , á causa de que la disposicion del hombre hace cesar la ley (n. 14.).

LEY VII.

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

POR derecho Civil y de Partidas entraban á heredar ab intestado los hermanos juntamente con los ascendientes del difuncto ; pero nuestra ley lo prohíbe ; dandoles á estos preferencia respecto de aquellos (n. unic.).

LEY VIII.

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

LOS colaterales deben suceder ab intestado á los que lo fueren suyos , segun la prerrogativa del grado que ocupen (n. 1.). Para cuyo conocimiento se hará el cómputo de formar ascenso á el padre comun desde el heredero , y despues descenso hasta el difuncto colateral , de cuya sucesion se trata; de que proviene no haber primer grado en la linea de colaterales , pues el mas próximo es el segundo , en que se hallan los hermanos reciprocamente. Debiendose tener presente , que por derecho de authenticas se admiten á la herencia todos los colaterales que estén en un mismo grado , abolida ya la preferencia que en lo antiguo tenian los agna-

nados! respecto de los cognados, aunque á estos asis-
tiese mayor proximidad (la qual se gradúa respecto
de último poseedor) (n. 2. y 3. T); con advertencia,
que el que tiene parientes pobres, ó de iguales fa-
cultades á las de un extraño, no puede á éste dexar-
le su hacienda, ni él mismo retenerla con seguridad
de conciencia (n. 4).

2 Los descendientes suceden á sus ascendien-
tes, y estos á aquellos *in infinitum*, aunque se ha-
llen en remotísimo grado: pero los colaterales solo
entran hasta el decimo (n. 5. XVII): por cuyo mo-
tivo la obligacion que tiene el padre de llamar en
defecto de descendientes y ascendientes, á los cola-
terales en el tercio de sus bienes, en que impuso
gravamen de restitucion conforme á la ley 27. de
Toro, se extiende únicamente hasta dicho décimo
grado (eod. n. 5. in fin. vers. *Ex quo infero*. XVIII);
de modo, que faltando consanguineos de esta quali-
dad, podrá tener efecto en un extraño la voluntad del
bisponte en quanto á la expresada tercera parte.

3 Tratandose de suceder en vínculo, maybrazgo,
ú otro derecho que no sea de bienes sueltos y particu-
lares, no disponiendo el Fundador lo contrario, se de-
ben admitir los coraterales de aquel, por remoto que
esté el grado en que se hallen, mediante á presumirse
de la voluntad del instituidor la perpetuidad de sus
bie-

(T) L. 6. tit. 13. p. 6. *verbo* mas cercano.

XVII. Por ley recopilada 9. tit. 10. lib. 1. solo se admi-
ten los colaterales hasta el quarto grado Ayli. c. 1. n. 21. in
fin. lib. 1. *Variar*.

XVIII. Con areglo á la nota antecedente cesa la pro-
puesta obligacion que tiene el padre en llamar sus parientes
despues del quarto grado.

48 SOBRE LOS COMENTARIOS

bienes en qualquier consanguineo suyo (n. 6. l. 2. tit. 15 part. 2.); si bien es verdad que la sucesion feudal se deriva hasta el séptimo grado; y hasta los del quarto únicamente la de bienes prohibidos enagenarse fuera de la familia; porque el nombre de ésta solo se conserva dentro de él (eod. n.).

4 El hermano de padre y madre, y en su defecto los hijos, excluyen de la sucesion á el que lo sea solo de padre ó de madre, y á los hijos de el mismo, á causa de la mayor conjuncion que en los primeros se verifica (n. 7. l. 5. tit. 13. p. 6.). Dize: *y en su defecto los hijos*, porque en los de sobrinos, que ya están en quarto grado, y de ahí abajo no hay diferencia de que provengan de hermano mas ó menos conjunto del difunto; pues el derecho de representacion en la linea de colaterales lo hay solamente hasta los hijos de hermano, como que están en tercer grado. Advirtiendose, que si concurrieren á heredar un hermano solamente de padre, y otro únicamente de madre, el primero sucederá en los bienes que el difunto hermano hubiese adquirido del padre, y el segundo en los de la madre; pero si el caudal hubiese provenido por otras partes, entrarán igualmente asi el uterino como el consanguineo (n. 8. l. 6. tit. 13. p. 6.). Cuya distincion no debe comprehender á los hijos de sobrinos; porque como no heredan por representacion, sino *jure suo*, nunca hay respecto de ellos diferencia de bienes (eod. n. vers. *Ex quibus notabiliter*). De todo lo qual se deduce, que en el retracto los hermanos consanguineos, ó uterinos y sus hijos tienen derecho solamente, respecto de los bienes vendidos por su hermano, y tio que éste hubiese ad-
qui-

quirido del padre ó madre, de quien descienden, y no de los del padrastro ó madrastra; pero los hijos de sobrinos podrán retraher aun estos (eod. n. et vers.).

5 Si el Testador dexase alguna cosa con esta expresion: *Para mis hermanos*, y tubiere unos de padre y madre, y otros de solo alguno de estos, se debe interpretar semejante disposicion conforme á lo que la ley previene en el caso de intestado; y así sucederán los primeros con preferencia á los segundos, por razon del mayor afecto que es presumible les tubiese el Testador, nacido de mediar entre este y aquellos mayor recomendacion de parentesco (n. 9.). Sin que le obste la especie de que muriendo el padre con hijos de dos matrimonios, repudiando alguno su parte se le acrece igualmente á los demás hermanos, sean mas ó menos conjuntos; por quanto en este caso no se trata de bienes adquiridos por el repudiante, y de los del padre respecto de quien todos tienen igual connexion (eod. n. vers. *nec huic sententia*): bien que en otros casos no se gradua la sucesion testamentaria como la de *ab intestado*; v. g. quando el padre pasa á segundas nupcias; pues aunque está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que de los hermanos de estos mismos heredó *ab intestado*, no sucede así en quanto á lo que les hubiesen dexado por testamento; porque en este caso hereda el padre como extraño, y en aquel como tal ascendiente (eod. n. et vers.)

6 Como el derecho de representacion, segun queda manifestado en el §. quarto se verifica tambien la linea de colaterales, y hasta los hijos de hermano únicamente; se infiere que estos concurriendo á

heredar al tío , con hermano de este , y tío ; de aquellos , suceden *in stirpes*, y no *in capita* percibiendo los sobrinos tanto como su tío ; de modo que en representacion de su padre , hermano del difunto , de cuya sucesion se trata, disfrutan los mismos beneficios, y sufren las propias sujeciones que el padre si viviese obtendria (n. 10. l. 5. in princip. tit. 13. p. 6.) Y aunque se disputa *utrum* deberá verificarse lo mismo en el caso de que muertos: v. g. dos hermanos del difunto , concurren los hijos de ambos á heredar ; lo mas probable es, que deben suceder *in capita* por lo expresivo de la ley quinta, tit. 13. p. 6. confirmada últimamente por nuestra ley octava de Toro , en quanto solo habla con respecto al caso de que concurren tío y sobrinos (n. 13. vers. *unde teneo* in fin. U)

7 Si alguno muriese dexando tío , hermano de su padre , y un sobrino hijo de hermano , bien sea uterino ó consanguíneo , sucederá éste con exclusion de aquel ; porque aun en los colaterales se contempla mas próxima la descendencia que la ascendencia ; y mas quando el tal sobrino representa á su padre , quien á la verdad si viviese hubiera excluido á su tío. Y aunque la ley solamente concede á los hijos de hermano , el derecho de representacion en el caso de que concurren con algun tío suyo hermano de aquel , de cuya sucesion se trata ; no obstante se debe entender esta concesion á el caso primero por militar mayor razon para ello , como que se trata de excluir á una persona que está en tercer grado de línea ascendental de colaterales por otra de igual pro-

proximidad que se halla en la propia linea , pero descendental ; siendo así , que en el caso de nuestra ley , octava el sobrino tiene la representacion de su padre para concurrir con el tio , hermano de éste , sin embargo estar en grado mas próximo que si fuera , no hermano , sino tio del mismo difunto. Sin que pueda decirse que en representacion del abuelo de este , podrá sucederle su tio ; porque en los ascendientes no hay tal derecho representativo. Advertiendose , que el tio sucede al sobrino con preferencia á los hijos de otro hermano , y primos del difunto (n. 14.).

8 Quando se instituye ó lega á alguna persona , y se le dan coherederos por un modo colectivo , v. g. *Instituyo á Juan , y á los hijos de Antonio* , suceden estos *in scriptis* , percibiendo todos quanto aquel ; excepto si se advirtiese tácitamente otra cosa , v. g. si fuesen pósthumos los dichos coherederos ; porque mediante esta qualidad se presume , que no pudiendolos nombrar separadamente por entonces , lo contrario haria el Testador si estuviesen nacidos ; si bien es verdad , que estando dichos pósthumos instituidos subrogativamente ; como si se dexaren los bienes á Pedro , y á Juan , y en su defecto á sus hijos ; percibirán estos lo que respectivamente pertenezca á aquellos , en cuyo lugar se substituyen ; tocandole de conseqüente á un pósthumo que tubiere Pedro la misma porcion que á quatro que dejare Juan : con advertencia , que la institucion copulativa de muchas personas produce el efecto de que estas sucedan *viriliter* , esto es en porciones iguales (n. 15. y 16.).

2 Baxo el nombre de hermanos no se comprehen-

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

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

11 En defecto de descendientes , ascendientes y colaterales dentro del grado profinido , se suceden reciprocamente el marido y la muger con arreglo á la ley 6. tit. 13. p. 9.) (XIX). Advirtiendose , que no tienen derecho de suceder el Tutor ó Curador á el Pupilo ó púbero : el ama de leche , ni menos su marido á el infante que muere en esta edad : el padrasto á el hijastro , ni por el contrario : y últimamente el padre espiritual al ahijado , ni *viceversa* ; por quanto entre todos los mencionados no hay consan-

(X) Dom. Molin. *de hisp. primog. lib. 2. c. 15. n. 67.* Dom. Castell. *rom. 6. lib. 5. controu. c. 167.*

XIX Atendida la citada l. 9. tit. 10 lib. 1. de la Recop. en defecto de colaterales dentro del quarto grado , succede cruzada ; porque lo es superfluo quanto contienen los numeros 20. 21. 22. y 23.

sangüinidad alguna (n. 24. l. 3. tit. 2. p. 4.).

12 Muriendo alguno en Hospital sin herederos legítimos, no succede éste, sino el Fisco en lo tocante á bienes raíces: pues los que llevó consigo el enfermo deben entregarse al Obispo respectivo para su distribucion en fines piadosos (n. 25. l. 30. y 31. t. 1. p. 6.).

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

LEY IX.

LOS hijos bastardos illegítimos de qualquier qualidad que sean, no pueden heredar á sus madres *ex testamento* ni *ab intestato*, en caso que tengan sus madres, ^{hijos} ó hijos, ó descendientes legítimos, pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrán disponer por su alma, y no mas ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, ó

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

descendientes legitimos aunque tenga padre; ó madre, ó ascendientes legitimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su orden y grado le sean herederos legitimos ex testamento, et ab intestato: salvo si los tales hijos fueren de damnado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento, ni ab intestato. Pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas de lo que podian disponer por su alma, y de la tal parte despues que la uvieren puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos illegitimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se entienda, y diga damnado, y punible ayuntamiento, quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clerigos, ó Frayles, ó Freyles, ú de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los Clerigos. *cc. 6. tit. 8. lib. 5. Recop.*

LEY X.

Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimento á alguno de sus hijos illegitimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no se pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes de la que podia disponer por su alma, y por causa de
los

los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo illegitimo : de la qual parte despues que la uoiere el tal hijo , pueda en su vida , ó en su muerte facer lo que quisiera , ó por bien tuviere : pero si el tal hijo fuere natural , y el padre no tuviere hijos , ó descendientes legitimos : mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiera aunque tenga ascendientes legitimos.

LEY XI.

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

LEY XII.

SI alguno fuere legitimado por rescripto , ó privilegio nuestro , ó de los Reyes que de nos vinieren , aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres , ó madres ú de sus abuelos , y despues su padre , ó madre , ó abuelos uoiere algun hijo , ó nieto descendiente legitimo , ó de legitimo matrimonio nascido , ó legitimado por subsiguiente matrimonio el tal legitimado no puede succeder con los tales hijos , ó descendientes legitimos en los bienes de sus padres ni madres , ni de sus ascendientes ab
in-

intestanto ni ex testamento : salvo si sus padres , ó madres , ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su alma le quisieren alguna cosa mandar : que fasta en la dicha quinta parte , bien permitimos que sean capaces y no mas : pero en todas las otras cosas , ansi en succeder á los otros parientes como en honras y preeminencias que han los hijos legítimos , mandamos que en ninguna cosa diffieran de los hijos nacidos de legitimo matrimonio.

I Hijo natural se llama aquel que es habido de soltero y soltera , quienes á el tiempo de la concepcion , ó nacimiento de aquel podian haberse casado sin dispensa ; siendo indispensable que el padre lo reconozca por tal hijo , á cuyo fin baste haberlo asi hecho alguna vez , aunque despues lo niegue (n. 1. l. 8. tit. 13. p. 6.). Cuyo reconocimiento no se necesita quando la madre fue única concubina , y viviese recogida en sus casas ; pues entonces á exemplo de los hijos habidos y procreados en las del marido , se presumen suyos ; y esto aunque la muger fuese pública á el tiempo del matrimonio , ó afirmase ser hijo de otro , ó el marido estubiese ausente ; sino que fuese por tanto tiempo que naturalmente sea imposible lo hubiese engendrado. Pudiendo el tal hijo sin escrúpulo de conciencia retener los bienes que le pertenezcan por muerte del padre , por mas que la madre afirme serlo otro que su marido ; excepto si el hijo comprehenda ser cierto el aserto de aquella , por no ser presumible que la madre en perjuicio del hijo propusiese dicha falsedad (n. 2. y 3. l. 9. tit. 14. p. 3.).

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

3 Si la madre careciese de legitima descendencia, aunque tenga ascendientes de la propia qualidad, le son herederos forzosos *ex testamento*, y *ab intestato* los hijos y descendientes naturales, expurios, ó de otro qualquier modo ilegítimos (n. 9. 11. y 12.); y lo mismo *contra testamentum*, estando preteridos, ó injustamente desheredados para que-
xarse de lo innoficioso de la disposicion (n. 10.). Todo lo qual cesa quando la madre sea persona ilus-

tre, en cuyo caso son preferidos en su sucesion los ascendientes; y aunque nuestra ley nueve es general, y posterior á la que dispuso dicha particularidad, como quiera que la disposicion antigua que establece casos especiales, no se entiende derogada por otra mas nueva que hable generalmente, queda en pie la propuesta excepcion (n. 10. A). Con advertencia, que cesa el derecho de sucesion asi respecto de la madre, como del padre quando el hijo es habido de damnado y punible ayuntamiento de parte de aquella; y aunque por tal se conceptuaria, generalmente hablando, todo, aquel que se verificase entre personas prohibidas, qual es el adulterino incestuoso &c. (n. 13.); no obstante para el expresado efecto de no suceder se debe contemplar damnado y punible ayuntamiento solo aquel en que la madre incurriese en pena de muerte, mas no los que no merezcan este castigo, aunque tengan otros, v. g. el estupro de doncella ó viuda honesta, el habido entre parientes dentro del quarto grado el de casado con soltera, y otros (n. 14.); bien es verdad, que los hijos de Clerigos, Frayles, Freyles, ó Monjas profesas, sin embargo de no incurrirse por este acceso en pena capital, están prohibidos de sucederles en modo alguno, á fin de sujetar por este medio á los perpetradores de semejante delito (l. 9. de Tor. B). Sin que pueda el Príncipe concederle á uno privilegio de que le suceda el hijo que en adelante tubiese de damnado y punible ayuntamiento, por ser remision de un delito fu-

(A) Parlad. *diff.* 50. §. 2. n. 7.

(B) *L. tit. 8. lib. 5. Recopil.*

turo, y abrirse puerta para su commision: aunque sí tiene facultad para establecer ley en general permisiva de dicha sucesion; por quanto en este caso el objeto directo es el beneficio de los hijos, en quienes no puede considerarse delito alguno (n. 16. l. 29. tit. 11. p. 5.).

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

5 De dos modos pueden los padres dexarles alguna cosa á semejantes hijos *extra* de los alimentos, sin contravencion á ambos fueros. El primero es instituir á algun íntimo amigo sin gravamen alguno tácito ó expreso; de suerte, que en estos terminos es muy factible que el instituido haciendose cargo que en ello agradaria al Testador, si viviese, subministrare algunos bienes al hijo de este; y así como esta adquisicion proviene de persona estraña, en cuyo patrimonio se incorporaron los bienes hereditarios por medio de la adicion, cesa la causa de la prohibicion de la ley extensiva únicamente para con los padres. Y el segundo consiste en que estos

hagan la dexacion en el hijo baxo la condicion de legitimarse; en cuyo caso verificada esta circunstan-
cia, como que se retrotrahe á el tiempo de la dis-
posicion; es visto instituirse á persona legítima: y
aunque las condiciones que penden de la voluntad
del Soberano, se reputan imposibles, y por lo mis-
mo se contemplan por no puestas en las últimas vo-
luntades; no sucede asi en las que su concesion es
facil y frecuente, de cuya naturaleza es la de le-
gitimacion (n. 18.): sin que entre tanto que llega este
evento pueda el hijo mezclarse en el manejo y ad-
ministracion de los bienes que se le dexaron baxo la
expresada condicion, porque de lo contrario se con-
travendria á la ley por un modo indirecto; si bien
es cierto que los herederos capaces instituidos ba-
xo alguna condicion, interin que ésta se verifique,
pueden manejar los bienes hereditarios en el con-
cepto de Curadores de estos (n. 19.).

6 Aunque atendido el derecho Civil, podia el
Clérigo substituir pupilarmente el hijo expurio é in-
capáz á otro legítimo que tubiese, bien que esto te-
nia efecto únicamente en los bienes propios del im-
púbero, y no en los del padre substituyente; hoy
cesa esta permission, porque los tales hijos tanto
son incapaces respecto de los bienes del padre quan-
to de los de sus parientes (n. 20. C). Siendo de ad-
vertir, que el nieto de Clérigo, Monja, ó Frayle
es capaz de ser instituido por estos, respecto á que
la prohibicion es solo expresiva á los hijos, y por
lo mismo como odiosa no se extiende á el caso de
nietos, de que no habló (eod. n. 20.).

(C) L. tit. 8. lib. 5. Recopil.

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

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

to , como oculto , y doméstico , hacen plena prueba ; bien que en duda no se estimará acreditado este fraude , porque de lo contrario entra el Fisco á lucrarse con los bienes hereditarios ; particular á la verdad odioso (n. 24. y 25.). Congetura suficiente para el caso puede serlo : Primera , quando hallandose en el testamento expreso , encargandole á el heredero disponga de sus bienes segun le tenia comunicado , ú otras palabras semejantes , se verifique además , que el tal instituido restituya á el incapáz la herencia , ó parte de ella : Segunda : si estando el Testador en artículo de muerte , ó disponiendo su voluntad , hablase en secreto con el heredero , y despues se encuentre que éste hace la expuesta restitucion. Tercera , quando estando instituido sugerto capáz , se halla á el hijo á poco de haber muerto el Testador su padre , en la posesion de los bienes hereditarios á vista , ciencia , y paciencia del heredero (n. 25. ex vers. *Ex quibus*). Debiendose reflexar , que así éste como el hijo incapáz están obligados en ambos fueros á restituir á el Fisco los bienes de la herencia con todos los frutos percibidos , como que se conceptúan poseedores de mala fe (26. y 27.). En inteligencia , que siempre se ha de atender á si el heredero que delinquiró en la especie de tácito fideicomiso es Clérigo , ó Secular , á fin de que verificandose aquello , se haga la aplicacion á el Fisco Eclesiastico , y si esto , á el Erario Real ; prescindiendo de que el Testador sea de una ú otra qualidad ; porque tratandose de delito cometido por el heredero , es correspondiente que el Fisco de su fuero lucre los citados bienes ; y por lo mismo tampoco debe tenerse en consideracion á el hijo á quien

ya está hecha la restitucion de ellos , por el instituido : y si únicamente para reconvenirlo en su fuero como mero detentador de dichos bienes, á efecto de que los restituya á el Fisco á quien correspondan (28. y 29.).

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

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

11 Aunque los hijos de punible ayuntamiento son incapaces de suceder á sus padres , y aun atendido el derecho antiguo , estos no podian prestarles ali-

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

en aquello que excediere de lo necesario para alimentos , como que pudo el padre haberselos dexado sin este sobrante (42.).

12 De lo antecedente se deduce , que el padre podrá dotar á su hija expuria en sola la quinta parte de sus bienes , sin que le pueda poner gravamen alguno , ni de consiguiente quitarle las facultades que para disponer de ella á su arbitrio le concede la citada ley 10. de Toro. Y si la dote excediere del quinto , interin dure el matrimonio no se le puede pedir á el marido el exceso , por ser causa onerosa ; pero para esto se ha de verificar en el marido ignorancia del defecto que su muger tenía en su nacimiento ; por que sabiendolo , debe ser privado de dicha porcion excedente , y aplicarse siendo dexada por testamento sin ocultacion alguna , á los herederos del padre , y si con ella á el Fisco , en pena del delito que asi el Testador en dexar , como el marido en tomar un exceso indebido , cometieron ; pero verificandose la dexacion de la expresada dote por contrato entre vivos , pertenece su sobrante á los hijos , padres , ó hermanos de la dotada (n. 43.).

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

14 Aunque conforme á el derecho Civil el hijo natural *tantum* no sucedia á los consanguineos del padre , hoy atendida la ley de Partida fin. tit. 13. p. 6. succede lo contrario , tanto respecto de algun hi-

jo legítimo que el padre dexase sin otros de la propia qualidad, quanto de otro natural, siempre que no lo haya de parte de la madre: esto es, hermano uterino de aquel de cuya sucesion se trata, ni tampoco legítimo de parte del padre; porque entonces estos deben ser preferidos cada uno en su caso (nn. 46. y 47.) Advirtiendose, que entre el hijo natural y consanguíneos de la madre, se verifica recíproca sucesion *ab intestato*; porque como aquella siempre es cierta, respecto de la misma todos son verdaderos consanguíneos (n. 48. l. fin. tit. 13. p. 6.); y por lo mismo muriendo un hijo natural de dos que la madre tubiese, entrará á la sucesion el que sobreviviere de estos juntamente con los legítimos que de aquella tambien hubiese, como que todos están en un mismo grado; excepto quando los dos ó mas hijos naturales son de unos propios padres, y los legítimos de distinto padre, pues entonces se prefieren los primeros con exclusion de los segundos en la sucesion del hermano natural que premurió. Bien entendido, que entre los consanguíneos provenientes de hijos naturales, se guarda tambien la prerrogativa de grado, quedando fuera los de mas remoto, aunque sean legítimos; bien que estos en la sucesion de la madre siempre tienen preferencia respecto de los naturales (cod. n. vers. *Dublin tamen.*).

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

16 Aunque los hijos ilegítimos en los términos que quedan explicados, no pueden suceder en los bienes de sus padres, ni deben disfrutar los derechos respectivos á ellos; sin embargo son capaces de todo aquello que es concerniente á el derecho de sangre, y natural afeccion, y por esta razon el hijo ilegítimo que mata á su padre incurre en la pena de Parricida (n. 51. vers. *Ex quo primo infero*): debe aquel reverenciar á éste, y por lo mismo ha de preceder su vénia para demandarle (cod. n. vers. *Secundo infero*): puede acusar la muerte de su padre en qualidad de seguir su injuria, ó de los suyos (n. 52.): está prohibido de ser testigo en pro ó en contra del padre por la afeccion y reverencia que debe tenerle (cod. n. vers. *Quinto infero.*): y por último, del modo que cometiendo un padre algun delito de lesa Magestad, se le impone entre otras la pena de privacion é inhabilitacion de sus hijos legítimos: así tambien se verifica respecto de los que no lo son (n. 53.): tambien siendo el padre noble, lo son igualmente semejantes hijos; bien que esto tiene mas bien lugar en los naturales *tantum* conforme á la ley 11. de Toro, que en los expurios, nefarios, incestuosos &c. (cod. n. vers. *Octavo notabiliter.*): en los cuales se verifica tambien el derecho de transmision en quanto son capaces de adquirir de sus padres, por dimanar del de sangre (cod. n. vers. *Nono infero.*).

17 De dos modos acontece principalmente la legitimacion de los hijos. El primero por rescripto del Soberano (n. 54) ; y el segundo quando contraen matrimonio aquellos que pudiendo anteriormente haberse casado sin dispensacion, tubieron algun hijo

om en

en este tiempo; pues entonces éste se legitima por el subsiguiente matrimonio (n. 55.): y esto aunque el padre á el tiempo de contraerse estubiere en artículo de muerte, y en términos que no pudiese cohabitar, ni tener generacion; ó constituido en edad decrepita y abanzada; pues basta haber tenido la prole, de cuya legitimacion se trata en distinta sazón, para que mediante la nueva circunstancia del matrimonio, se conceptúe habida en tiempo de éste (n. 56.).

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

19 Si aquel que habiendo tenido hijos naturales *tantum* casare legitimamente con otra, y muerta ésta contraxere con la de quien tubo dichos hijos, estos sin duda quedarán legitimados, sin que para ello sirva de obstáculo el matrimonio celebrado en el medio tiempo (n. 59. y 60.). Pero el hijo legíti-
mo

mo habido en él, aunque sea menor que el legitimado, con exclusion de éste, succederá en el mayorazgo del padre; y aunque el tiempo de la legitimacion se retrotrahe á el de la concepcion, estas ficciones cesan quando redunda perjuicio de tercero como en nuestro caso; y mas quando luego que nació el legitimo adquirió inmediatamente el derecho de suceder en dicho mayorazgo; y por lo mismo sería extraño haberle de privar de él, sin haber cometido de su parte culpa alguna (n. 63. 64. y 65.)

20. Aunque á el tiempo que el padre casare con aquella de quien tubo á el hijo natural haya fallecido este mismo, no obstante se legitima el nieto habido de él para con el abuelo, por quanto estas legitimaciones están inhibidas principalmente por favor del matrimonio, el qual verificandose si falta el hijo participa de aquel beneficio el nieto ó el descendiente que se encontrare, á exemplo de la adopcion que se puede hacer de qualquiera en el concepto de nieto, aunque el adoptante carezca de hijos (n. 61. y 62.).

21. El hijo legitimado bien por rescripto del Principe, ó bien por subsiguiente matrimonio, se conceptúa legitimo, así para suceder á sus padres en qualquier manera, como para todo lo demás; y así puede en caso de pretericion solicitar la nulidad del testamento, ó intentar la quexa de inoficioso, si estubiere injustamente desheredado; y esto aunque se legitimase despues del otorgamiento de dicha disposicion; pues entonces por esta agnacion de heredero se destruye la última voluntad en ella contenida (n. 66.). Todo lo qual tiene lugar quando no hay hijos legitimos, ó aunque los haya siendo los

legitimados por subsiguiente matrimonio; porque verificandose serlo por rescripto del Príncipe, no pueden suceder con los legítimos en los bienes de padre; pues se presume, que si hubiera sabido haber hijos de esta qualidad, no hubiera concedido el rescripto de legitimacion; excepto si en éste se haga la gracia expresamente en perjuicios de los legítimos (á que sin duda se extiende las facultades de un Monarca, como que puede alterar las legítimas); porque entonces suceden con los legítimos en los bienes del padre lo mismo que los legitimados por subsiguiente matrimonio (n. 67.). Pudiendo muy bien el padre mejorarles en el tercio y quinto en todos los casos en que tienen derecho á la sucesion con los legítimos (n. 68.). En inteligencia que el legitimado por rescripto en tiempo que el padre aun no tenia hijos legítimos, tampoco sucede con los que despues tubiere, atendida la ley doce de Toro, que en este caso quiere subsista dicha legitimacion solo en quanto á la participacion de la dignidad y honores del padre, y tambien respecto á sucederle á los otros parientes (eod. n. vers. *Item adde.*); sin que en esto último, y por el contrario en suceder los parientes á los legitimados, haya distincion en que lo sean por rescripto, ó por subsiguiente matrimonio (n. 69.). Siendo de tener presente, que el Príncipe puede muy bien concederle á alguno su legitimacion para que suceda únicamente en la parte que el padre quisiere (n. 70.).

LEY XIII.

POR evitar muchas dudas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nascidos, saber si son naturalmente nascidos, ó son abortivos. Ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, quando nació vivo todo, y que despues de nascido vivió xxiiij. horas naturales, y fue baptizado antes que muriese, y si de otra manera nascido murió dentro del dicho termino, ó no fue baptizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes: pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se porvase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente: mandamos que aunque concurren en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea avido por parto natural ni legitimo.

I EL testamento en que algun hijo estubiese preterido, ó injustamente desheredado, es nulo mas no lo es aquel en que lo está algun pósthumo pues hasta que nazca permanece válido, como que interin se halla en el vientre de su madre, ni está baxo de patria potestad, ni tiene qualidad de suyo, ni por último merece concepto cierto de cosa alguna (n. i.); y si el pósthumo naciere en vida del padre, y durante ella muriese, el testamento que ya por su natividad se habia invalidado, convalece otra vez; y queda en aquel estado de perfeccion que en sus principios tenia; lo qual no se verifica en la disposicion en que estaba preterido hijo ya nacido, aun-

aunque éste fallezca antes que el padre, por quanto siendo nula desde luego falta el supuesto de su convalidacion (n. 3.). Siendo de tener presente que para invalidar el testamento, el póstumo preterido en él es preciso que nazca naturalmente; á cuyo fin nuestra ley trece correctoria del derecho Civil que no las prevenia, requiere expresamente quatro circunstancias: Primera: que nazca todo él vivo: Segunda: que sea bautizado, aun por la Comadre en el caso y términos que le es permitido (n. 1. vers. *Hodie verò*): Tercera: que viva por lo menos veinte y quatro horas: Quarta y última: que nazca en tiempo que segun la ausencia del padre ó contraccion del matrimonio se conceptue parto legítimo y natural; v. g. en el septimo, nono ó decimo mes (n. 4.); sino que la madre hubiese sido concubina de aquel con quien despues casó, y de cuyo matrimonio nació á poco algun hijo; en cuyo caso se presume engendrado y concebido en tiempo del concubinado, y en su virtud legitimado por el matrimonio subsequente eod. n. vers. *Quod item limita XX*).

L E Y XIV.

MAndamos que el marido y la muger suelto el matrimonio aunque casen la segunda ó tercera vez, ó mas, pueda disponer libremente de los bienes

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

nes multiplicados durante el primero ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque aya avido de los tales matrimonios ó de alguno dellos, durante los quales, matrimonios los dichos bienes se multiplicaron como de los otros sus bienes propios que no oviese seydo de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad, ni usufructo de los bienes.

LEY XV.

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

LEY XVI.

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

I LA muger que casare segunda vez, aunque de este matrimonio no tenga hijos, queda obligada á reservar á los del primero la propiedad de lo que el marido le dexó, en pena de la injuria que le hace, ó heredare *ab intestado* de alguno de sus hijos; de suerte, que queda mera usufructuaria de dichos bienes, y de consiguiente sin poderlos enagenar en modo alguno, no solo entre los hijos del matrimonio segundo, sino tambien respecto de qualquier extraño, excepto en el caso de no haberlos del primero. Cesando la obligacion de la madre en la propuesta reserva, por lo respectivo á aquella porcion que el marido viejo ó inno- ble le hubiese dado en premio de su virginidad (n. 1.). Dixe *ab intestado*: porque lo que el hijo dexa á su madre por testamento, como quiera que entonces ésta no hereda en el concepto de tal sino de estraña persona, y pudiendosele haber puesto el gravamen de reserva, no se verifico asi; le pertenece el usufructo y propiedad; en inteligencia que la expuesta obligacion á que está sujeta la madre, casando segunda vez, milita únicamente en los bienes que el hijo premuerto tenia de abolengo, heredados de sus ascendientes, mas no en los adquiridos en otra forma (n. 2. D.).

2. La responsabilidad en la madre de lo que hubo de su primer marido se extiende á el caso de que éste le hubiese hecho donacion *propter nuptias*, ú otra qualquiera, aunque fuese en tiempo de los es-

(D) Vid. Aceved. in leg. 3. tit. 1. lib. 5. Recop. et leg. seq. n. 39.

responsales, con arreglo á la ley cinquenta y tres de Toro (n. 3. E), excepto los gananciales, pues estos como los lucra inmediatamente en virtud de la ley los adquiere para sí en usufructo y propiedad (cod. n. 3. vers. *ex quibus videbatur*, l. 14. Taur.). Con advertencia, que la madre luego que pasa á segundas nupcias pierde inmediatamente el dominio en los bienes reservables; y por lo mismo, como que es una mera usufructuaria, carece de facultades para dexar á unos hijos mayor porción que á otros; antes bien se hará igual division entre todos ellos (cod. n. vers. *Item adde*): todo lo qual tiene tambien lugar en el padre que casa segunda vez, con arreglo á nuestra ley quince de Toro.

3 De todo lo expuesto se deduce, que el padre ó madre casando segunda vez no pueden enagenar los citados bienes, siendo raíces á cuyo fin induce la ley tácita hipoteca en todos los demás que tubiere el tal transeunte á segundo matrimonio: y siendo muebles, debe éste dar fianza correspondiente para su restitucion, y de los menoscabos que tengan, ó la de su importe, que se tasará por peritos que las partes nombrare (n. 5.) Sin que en vida del tal obligado á reservar puedan los hijos del primer matrimonio revocar qualquier enagenacion que aquel hiciere de los expresados bienes; antes bien deben para ello esperar su fallecimiento; porque puede verificarse que los hijos falten primero, en cuyo caso subsiste aquel contrato (cod. n. vers. *Dubium tamem*); bien que la enagenacion hecha antes del

F 2 se-

(E) Vid. P. Sanch. lib. 6. De matrim. disp. 41. et lib. 7. disp. 88. et 89.

segundo matrimonio puede revocarse por los mismos, por el fraude con que es presumible practicarse (eod. n. vers. *Item adde*).

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

5 La propiedad de lo que el marido hubiese de los parientes de su primera muger, ó por el contrario, está sujeta á la expuesta reserva siempre que la dexacion haya sido por respeto y contemplacion del cónyuge premuerto, porque se conceptúa la donacion como si á este en realidad fuese hecha. Y aunque nuestras leyes catorce y quince de Toro solo hablan de lo adquirido por la muger del marido, ó *viceversa*, debe extenderse la disposicion de ellas al propuesto caso, como que milita la propia razon y equidad para con los primeros hijos (n. 17.).

6 La condicion de no casar, con que se dexa por los Testadores alguna cosa, es tope y contra buenas costumbres quando se impone á persona célibata, ó aunque haya contrahido matrimonio si aun no lo haya consumado por la cópula carnal; de modo, que en estos casos la expresada condicionada obra, por tenerse por no puesto en la disposicion. Pero imponiendose á viudo ó viuda, ó por algun tercero, ó ellos mismos el uno á el otro, debe cumplirse; en tanto que en su contravencion se pri-

pierde lo que se le haya dexado baxo dicha qualidad; y esto aunque el gravamen de no casar sea absoluto, y con exclusion de toda persona: debiendo correr lo mismo aun en los celibatos, siendo la prohibicion respectiva á determinada persona (n. 8.).

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

8 La madre ó abuela casando segunda vez pierden la tutela y curaduria que de sus menores hijos les corresponde por ley, aun siendo naturales *tantum*, ó expurios, siempre que no sean de damnado y punible ayuntamiento (n. 10.). En inteligencia, que para la recepcion de dicha tutela y curaduria, debe preceder renunciacion de las segundas nupcias, y del beneficio que les franquea el Senado Consulto Veleyano; bien que si asi no lo hubieren hecho, valdrán los contratos que como tal Tutora, ó Curadora executáren con qualquier otro, como éste no oponga el expresado defecto (n. 11. l. 4. tit. 16. p. 6.). Debiendose practicar aquella renuncia de todo auxilio que la ley concede á las mugeres; de modo,

que verificandose así pueden ser presas por razon de la deuda procedida de su tutela; bien es verdad que podrán implorar contra el hijo el beneficio de competencia, reducido á no poder reconvenirse á el que lo tiene en mas de lo que le es facultativo; como que és irrenunciable (cod. n. vers. *Item adde. F.*).

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

10 Del modo que la muger casando segundo segunda vez queda privada de la tutela y curaduria de sus hijos; así con mayor motivo la pierde

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

rido (eod. n. vers. *Item et etiam adde.*).

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

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

del menor á últimos del año , y sin que quede tiempo suficiente para que aun viviendo aquel pudiesen practicarse las diligencias de discernimiento de Tutor conforme á estilo de aquel Tribunal (n. 19.).

LEY XVII.

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

LA legítima de los hijos , hoy por derecho del Reyno , abolidos ya las novedades que en ello había por el antiguo , se considera todo el caudal de los padres , sacado el quinto ; bien que en el tercio tienen estos facultad para dexarlo á el hi-

hijo que quisieren; de suerte, que esta tercera parte es legitima electiva entre ellos. Debiendose deducir primero el quinto que el tercio, no obstante de estar éste primero en el orden en quantas leyes hablan de mejoramientos; por quanto costeandose regularmente del quinto los sufragios para el alma del Testador, haya mayor fondo para un fin tan piadoso: lo qual cesa quando el padre ó madre previniere lo contrario; porque siendo lo primero en su beneficio, pueden justamente renunciarlo: lo mismo si hubiere precedido mejora del tercio irrevocable hecha por el padre; porque entonces la que se hiciere del quinto se sacará del resto del caudal á causa de ser inalterable el derecho que se le adquirió al mejorado en el tercio, en virtud del motivo que produjo su irrevocacion (n. 1. y 2.).

2 No pueden los padres revocar las mejoras del tercio hechas á los hijos por contrato entre vivos, siempre que les fuere entregada la posesion de los bienes en que hubieren consistido, ó la escritura del contrato; ó si el mejoramiento fuese por causa onerosa, como por via de casamiento: bien esté el hijo mejorado baxo la potestad de su padre, bien fuera de ella. Mas si no se haya dado la dicha posesion, ni verificandose causa onerosa; es revocable, aunque en su principio válida la expuesta mejora; pudiendo alterarse hasta la muerte del que la hizo (n. 3.). Y aunque por derecho antiguo la donacion executada por el padre en favor del hijo sin entrega de posesion, no valia por la identidad de donante y donatario; subsistiendo solamente aquella en que se verificaba tradicion, bien que habia de confirmarse por muerte del donante: sien-
do

do en todo caso firme la donacion hecha por la madre ó por el padre en favor de hijo emancipado (n. 4. y 5.); no obstante como la mejora no es propia y rigorosa donacion, sino cierta asignacion y eleccion entre los hijos, no contiene repugnancia su validacion y subsistencia (n. 6.).

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

4 Aunque parecia que hoy atendida esta ley diez y siete, juntamente con la veinte y seis de Toro, que previene se conceptúe por mejoramiento toda donacion que los padres hacen á sus hijos, debian

correr las donaciones en los mismos términos que las mejoras ; sin embargo aquellas que simplemente hace el padre á hijo quedan sujetas enteramente á lo prevenido acerca de ellas por derecho común ; sin que sea de reparo la citada ley veinte y seis de Toro ; pues solo tiene lugar en las donaciones válidas , perfectas y formalizadas con las solemnidades de derecho ; mas no en las que por su naturaleza y circunstancias no pueden subsistir (n. 9.).

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

6 Si el padre , en virtud de las facultades que le franquea la ley diez y nueve de Toro , asignare á el hijo el tercio de su mejora en algunos bienes determi-

minados, y el valor de éstos no equivaliese: á la cantidad del tercio, no por esto se suplirá hasta ella, antes bien el hijo debe contentarse con lo señalado. Y aunque la asignacion de alguna cosa para satisfaccion de legado ó fideicomiso no altera su completa prestacion, es el motivo, executarse el señalamiento despues de finalizada la disposicion testamentaria en que fueron dexados; lo qual por el contrario se verifica en nuestro caso, por asignarse la cosa á la misma substancia de la mejora, y no á su execucion (n. 14.): y así pereciendo fortuitamente la cosa señalada, no se suplirá el mejoramiento de lo demás. Pero si su valor fuese excesivo á el importe del tercio, se debe revocar en lo que lo fuere; porque la mente del padre no fue beneficiar á el hijo en mas que en el tercio, excepto si aquel adquiriese despues en términos, que debiendose extender la mejora á todo el caudal, no se verifique el referido exceso (cod. n. vers. *Ex quo sequitur.*).

7 Para que la mejora sea irrevocable no es preciso que su posesion sea dada por actos fisicos y verdaderos, sino bastan los fictos, v. g. por clausula de constituto; vista y presencia del interesado; entrega de llaves; retencion de usufructos y demás que previenen las disposiciones legales; cuya resolucion se comprueba, entre otros muchos fundamentos, con la misma ley 17. de Toro, que previene quedar irrevocable la mejora del tercio, aunque su posesion sea dada por entrega de la Escritura que sobre ello pasó, siendo así que es uno de los actos fictos arriba propuestos. Y aunque pudiera decirse, que habiendo hablado la citada ley 17. solamente de este modo de transferir posesion *fictè*, es visto haber ex-

cluido los demás, porque la excepcion supone la regla por el contrario; sin embargo queda desvanecido este pensamiento, reflexando, que el motivo que tubo la referida ley para haber hecho expresion solamente de la especie de entrega de Escritura, fue porque antiguamente para transferir posesion por este modo, no solo se habia de entregar el nuevo instrumento del contrato, sino tambien todos los titulos de la cosa ó derecho que por él se enagenaba; y á fin de corregir nuestra ley está superabundancia, estableció ser suficiente la entrega de la Escritura misma del acto; y por tanto como en los demás fictos translativos de posesion, no habia cosa alguna que mereciese alteracion, quedaron sin comprehenderse en el contexto de la repetida, ley 17. (nn. 15. 16. y 17.).

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

19 Aunque los padres en el fuero externo tienen facultad para mejorar á el hijo que quisieren; no obstante, por lo que hace á el interno, se debe hacer eleccion del mas digno y benemérito (n. 18). Sin que puedan aquellos, habiendo un solo hijo, mejorarle en el tercio, y gravarlo conforme á el método propuesto en la ley 27. de Toro; porquanto la permission de ésta se funda en el honor que reporta el mejorado de ser elegido entre los demás hermanos; y como esto cesa habiendo un solo hijo, á quien precisamente ha de dexarse el tercio, como que en este caso es legitima necesaria, con lo demás del caudal *extra* del quinto; no puede verificarse la expuesta mejora (n. 19. H): sino que el hijo consienta en ello (cod. n. vers. *Ex quo singulariter.*); ó que éste tenga hijos, nietos del mejorante. (I).

20 El mejorado en el tercio, aunque sea por causa onerosa, ó con entrega de posesion, de forma, que nose pueda por el padre revocar la mejora, no podrá en tiempo alguno deshacer la enagenacion hecha por éste de alguna parte de sus bienes por contrato oneroso, y sin fraude alguno, aunque para la mejora se le hubiese señalado cosa cierta y determinada, y se verifique en aquella disminucion; por quanto los mejoramientos se regulan con respeto á lo que los padres tubieren á el tiempo de su muerte en confirmidad de las leyes 23. y 29. de Toro (n. 20.), sin que los mismos puedan alterar la division que con entrega de posesion hubieren hecho en vida entre sus hijos, asignandoles á unos mas que

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

(I) Id. Far. cod. loc. n. 35.

á otros, aunque no hubiesen expresado executar lo así en concepto de mejora; por inferirse ésta del hecho de aquella particion (n. 21.). En inteligencia, que si á el tiempo de hacer el padre la mejora no le hubiere puesto gravamen alguno, no puede despues practicarlo, como fuese irrevocable; mas si no lo fue, como tiene facultad para alterarla, y revocarla enteramente hasta que muera, con mayor motivo imponerle los gravámenes que le parezca (22.).

om II. Pueden muy bien los padres imponer sobre el tercio el gravamen de que el mejorado lo restituya por su muerte á los descendientes, y en su defecto á los ascendientes, y por falta de estos á los colaterales; y esto aunque á el tiempo de hacerse el mejoramiento hubiese otros descendientes. Advirtiendo, que si la mejora se hiciese por última voluntad, aunque sea entregada la posesion de las cosas en que consiste, se puede revocar, atendida nuestra ley 17., que solo habla de contrato entre vivos para el concepto contrario; excepto si la posesion fuere dada pasado mucho tiempo del otorgamiento de la final disposicion, porque entonces viene á reducir á una donacion y contrato entre vivos (n. 23. y 24.).

LEY XVIII.

EL padre ó la madre, ó qualquier dellos pueden sin quierón hacer el tercio de la mejora que podian hacer á sus hijos ó nietos conforme á la ley del fuero á qualquier de sus nietos, ó descendientes legitimos, pueſto que sus hijos, padres de los dichos nietos,

tos, ó descendientes sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento.

Aunque los nietos y demás descendientes, vi- viendo el padre, no tienen derecho de suc- ceder á el abuelo, ni de consiguiente durante este tiempo se les considera legitima alguna; no obstan- te como es electiva y voluntaria, la que consiste en el tercio, puede muy bien el abuelo atendida nues- tra ley 18. mejorar en esta porcion á qualquier nie- to ó descendiente, aunque sea en favor de dos de ellos juntamente (n. 1. y 2.). Bien entendido, que si la madre ya viuda puede hacer mejora irrevocable del tercio, ó aunque viva el marido executandola de los bienes en que éste no tiene el usufructo; por- que si lo tubiere, aunque sea válida e irrevocable por la traslacion de posesion, no debe ser priva- do de quel derecho hasta su muerte; reflexando que la madre solo pudo disponer del que tenia en los citados bienes; y como éste era solo el de pro- piedad, no debe extenderse su disposicion á el usu- fructo que es ageno (n. 3.). No siendo de omitir, que qualquier de los nietos de un solo hijo puede ser mejorado por el abuelo (cod. n. vers. *Item adde.*); y lo mismo sucede habiendo un solo nieto de hijo unico (K).

LEY XIX.

El padre y la madre y abuelos en vida y al tiem- po de su muerte puedan señalar en cierta cosa,

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

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

1. **L**A mejora de tercio y quinto hecha á hijo, nieto, ú otro descendiente, puede señalarse en cosa cierta y determinada, cuyo valor no exceda á el que dicho tercio y quinto tubiere á el tiempo de la muerte del mejorante (n. 1.); cuya facultad de señalar no puede cometerse á otra persona, por ser un derecho personalísimo (n. 2.). Pudiendo el hijo que carecé de descendencia asignar á su padre y demás ascendientes en qualquier cosa la tercera parte de sus bienes; porque esta porcion pudiera dexarla aun en favor de un extraño (n. 3.). Bien es verdad, que verificándose este último caso, ha de ser sin señalamiento de bienes; porque las dos terceras partes que tiene el padre como legítima, hacen respecto á el todo del caudal del hijo, y por lo mismo aquel experimentaria notable perjuicio á permitirse dicha asignacion en el tercio dexado á persona extraña (n. 4.).

2 Es revocable la mejora, ó por mejor decir se estima revocada quando la cosa para ella señalada, y cuya posesion no fue entregada á el mejorado, se enajena por título lucrativo ú oneroso, sin precision, por aquel que la hizo; bien es verdad, que en duda se presume haber para ello necesidad. Y

aunque el mejoramiento hecho sin asignacion de cosa alguna sino *simpliciter, et genericè* en todos los bienes, dada su posesion, ó interviniendo causa onerosa, no es revocable; no obstante sufriria detrimento y virtual disminucion, si el mejorante enagenare algunos de sus bienes, en atencion á que la cuota de la mejoria es respectiva á el caudal que resulte haber á el tiempo de la muerte (n. 5. l. 40. tit. 9. p. 6.).

LEY XX.

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

I EL hijo ó nieto mejorado, ó aunque sea extraño, estándolo únicamente en el quinto, no están obligados á tomar en dinero sus respetivas porciones, antes bien podrán insistir en que se les reintegre en ellas de los mismos bienes del caudal, ó de lo asignado en caso que se hubiese señalado cosa

cierta y determinada; por quanto el interesado, muerto el disponente, adquiere en la parte que lo es, un dominio que le atribuye aquel derecho, á exemplo del heredero, respecto de todos los bienes del difunto siendo: de tener presente, que el mejorado, ó aquel á quien se le dexa quota de bienes, se diferencia del instituido en el todo ó parte de herencia, en que á éste pasan acciones activas y pasivas respectivamente, y á aquellos las activas solamente; á causa de que los bienes se llaman aquellos que quedan deducidas las deudas que hay contra el caudal. Mas si éste no admite cómoda division, podrán los herederos pagar á el mejorado en dinero el importe del tercio ó quinto (n. 1. y 2.): bien que las legítimas siempre deben satisfacerse de los bienes que el padre haya dexado (n. 3.).

L E Y XXI.

Mandamos que el hijo ó otro qualquier descendiente legitimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre ó abuelos, que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre y madre, ó abuelos, y aceptar la dicha mejoría, con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parescieren, y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en la dicha mejoría de tercio y quinto, lo qual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.

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

LEY XXII.

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

PAra la comprehension de esta ley, es de advertir, que en su razon se pueden verificar quatro especies de pacto: Primero: de no succeder, privandose alguno del derecho futuro: Segundo: sobre suc-

ceder, en que se trata de adquirirlo: Tercero: en razon de conservar el que se tiene para heredar á alguna persona: Quarto y último: el que termina á que se practique en cierto modo la division de alguna herencia futura.

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

3 Aunque como queda expuesto en el §. antecedente, ni los hijos pueden pactar sobre no suceder á los padres, ni estos á aquellos; sin embargo valdrá la institucion hecha en favor de un tercero de consentimiento de alguno de los mismos, como sea prestado en el acto de ella, y quisiese el Testador instituir al renunciante que consintió; porque

en este caso la renuncia no es de un derecho futuro, sino de presente, que es el título de institución con que el disponente queria beneficiar al que la hace (n. 5. L.).

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

5. Aunque el renunciante, sus hijos y descendientes queden segun va dicho excluidos del derecho de sucesion *ab intestato* ó *contra testamentum*; pueden suceder por testamento, instituyendoles ó mandandoles sus padres alguna cosa: por quanto la renuncia se termina á quitar la precisa obligacion que en estos reside de dexarles á aquellos sus legitimas; mas no á cohartarles su voluntad en caso que no quieran disfrutar el beneficio de libertad que les produjo la renunciacion; y esto aunque el testamento estuviere executado con precedencia á el pacto de no suceder (eod. n. et vers. *Ex testamento*

G4

(L) Vid. Menoch. cons. 235. n. 39. et 371. n. 6.

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

6 Tambien puede suceder *ab intestato* ó *contra testamentum* el hijo, sin embargo de su renuncia si al tiempo que el padre muriese no hubiere otros hijos y descendientes; porque aquella se presume executada en favor de los hermanos, cuyo defecto hace que el pacto ó renunciacion ya no obrés y mas quando su fin es respectivo al derecho presente, mas no al venidero y no positivo (n. II. N.). Lo mismo debe suceder aunque al tiempo de la renuncia no hubiese otros hijos ó descendientes; pues se presume executada en beneficio de los que en adelante naciesen (n. I2.): con advertencia, que el pacto terminativo á privarse de alimentos, es nulo (cod. n. vers. *Similiter etiam.*).

7 Tampoco está prohibido el que hace la expresada renuncia jurada de suceder en los bienes de sus padres despues que hubiesen pasado á otro descendiente, por reputarse ya caudal y patrimonio

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

(N) *Mascard. de prob. conclus. 22. n. 25. Addent. ad Molin. lib. 1. cap. 3. n. 48. vers. Secunda.*

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

8 El pacto de no suceder, aunque no sea jurado es firme y subsistente quando es hecho respecto de herencia dexada por persona que ya haya muerto, aunque sea futura; como si Juan v. g. hubiese dexado á Pedro un fideicomiso á quien Antonio por su muerte se lo ha de restituir, y Pedro pactare con éste no suceder en dicho fideicomiso; de modo, que aunque esta renuncia se hizo en tiempo que vivia el fiduciario, á quien se hereda en realidad por el fideicomisario que renunció es á Juan ya difunto (n. 15.); y esto aunque el que hizo el pacto padeciese lesion en mas de la mitad de la cosa mandada restituir, echo computo de lo que se le huviese dado de gratificación para que formalizase el pacto de no suceder: lo mismo aun-
 sup que

que el tal fuese menor, el qual catece en este caso de restitucion, y solo se verificaria dimision de bienes, aunque sin judicial aprobacion (cod. n. vers. *Quod notabiliter*). De lo qual se deduce, que el substituto pupilar puede renunciar aun sin juramento, del derecho de su substitucion; porque está proviene de la disposicion del padre substituyente, que ya se supone muerto; mayormente quando esta renuncia, como echa por una persona estraña que no tiene derecho de sangre, se termina á que se conserve en los herederos legitimos el que ellos tienen para suceder á el pupilo (n. 16.).

9 En quanto á la segunda especie de pacto, que es el de suceder por el que alguno ofrece el instituir á esta ó esotra persona, es nulo: lo primero por ser contra buenas costumbres, como inductivo de ocasion para delinquir, dandose muerte á el promitente por el heredero para sucederle: y lo segundo porque impide la libertad de testar que qualquiera tiene hasta fin de sus dias (n. 17.): y por lo mismo tampoco tendria efecto aunque fuese pacto jurado (cod. vers. *Ex quo infertur.*). Conteniendo la propia nulidad la conveccion recíproca de dos ó mas personas sobre sucederse ó instituirse (cod. n. *Secundò infertur.*). De cuya regla se exceptúan los Soldados, quienes pueden hallandose en expedicion de guerra hacer dicho pacto é institucion bien que les queda facultad para revocar qualquier de ellos esta disposicion ó promision en la parte que asi pertenezca. Tambien será valida la institucion recíproca que se hagan, qualesquiera otros, aunque no sean Soldados, como no preceda pacto para ello (n. 18. l. 33. tit. 11. p. 5.). Con advertencia,

que

que si dos v. g. prometieren instituir á Ticio, y el uno lo cumplieré por su parte, no obstante que el pacto sea nulo, y mutiese, debe subsistir esta institucion, por más que se diga haberse echo con el respecto de que el superviviente cumpliera tambien lo ofrecido, lo qual no lo executó; mediante á que no habiendose hecho con Ticio convencion alguna, no se le puede imputar á este mismo cosa alguna (cod. n. vers. *Et ex his notabiliter.*).

10 Por lo que hace á la tercera especie de pacto terminativo á conservar el derecho que uno tiene para suceder á otro, es indubitable su validacion (n. 19.). Esto se verifica en el caso, entre otros muchos, en que el hijo, sin embargo de haber ofrecido baxo de juramento no suceder á sus padres, haga con estos despues pacto contrario de sucederles; y así conserva, y recupéra el derecho de sucesion que á sus bienes tenia antes de la renuncia. Y aunque el pacto, mediante el qual queda el hijo convenido con el padre en que éste no mejore á otro alguno de los demás, sea invalido, no obstante de parecer conservativo de un derecho de sucesion: en realidad no es así; antes bien es una convencion ó pacto de suceder á el padre en una quota que éste no tiene obligacion de dexarle á el tal hijo, como que le es facultativo mejorar á el que quisiere en lo demás que quedare, sacadas las legítimas de los hijos (cod. n. vers. *Advertendum tamen*); bien que hoy nuestra ley 22. establece, que si los padres prometieren por contrato entre vivos autorizado con público instrumento, no mejorar á alguno de sus hijos, lo debe cumplir (esto está prohibido rēspeto de las hijas á quienes

no les puede por via de dote ó casamiento mejorar en modo alguno (l. 1. tit. 2. lib. 5. Rocop.): de forma, que en el explicado caso segun la citada ley 22, es valido el pacto de suceder (pues su prohibicion no proviene de mero derecho Natural, sino del de Gentes), atendida la justa y equitativa causa, que hay para ello, reducida á que los hijos hereden igualmente á sus padres; por lo qual, asi en el particular antecedente, como en el respectivo á que sea válida la promesa de mejorar, siendo por causa onerosa, pudo muy bien la expresada ley 22. alterar el derecho Natural, y de Gentes, prohibitivo generalmente de toda consension) terminada á suceder (n. 19. ex vers. *Hodie tamen* ad n. 22.).

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

12 Prometiendo el padre mejorar á alguno de sus hijos por causa onerosa, debe cumplirlo; excep-

to si el hijo remite el pacto ó falta sin descencientes en vida del padre; porque si dexa hijos, nietos de este deben todos ellos beneficiarse igualmente con el expuesto mejoramiento ofrecido; á causa de que perteneciendo á el padre *id. est.* la persona média que premurió, este derecho pertenece igualmente á sus hijos, nietos del promitente. sin preferencia alguna. Y aunque la ley 18. de Toro da facultad á el abuelo para que pueda mejorar á uno de sus nietos, sin tener precision de hacerlo con todos los que hubiere del hijo; cesa su disposicion precediendo pacto de mejorar á este (n. 25.).

13. Aunque el padre hiciere promesa de no mejorar en el tercio ni quinto de sus bienes; no obstante podrá disponer de este último como le pareciere: por quanto teniendo que dexar las legítimas, y estando por otra parte obligado á no hacer mejora del tercio, quedaria intestable si tambien hubiera de sujetarse á la promesa respectiva á el quinto, como que este es el caudal restante (n. 26.). En inteligencia, que verificandose la expuesta promision de no mejorar á los hijos, menos podrá executarse en favor de los nietos, quienes se consideran con menor afecto del abuelo, que el que tiene á los hijos; mayormente quando de aquel pacto adquirieron estos un derecho de suceder igualmente en todo el caudal, excepto el quinto (n. 27.). Siendo digno de advertir, que si la Escritura que nuestra ley 22. requiere para que valga el pacto de no mejorar, se perdiere, quemare &c, subsistirá no obstante la promision siempre que se haga ver con testigos el tenor del instrumento, que este estaba otorgado con las solemnidades de derecho, y su pérdida,

da, quema, ú otro acaecimiento porque no aparezca: pero si no fuere la Escritura matriz ó protocolo que se hubiere perdido, sino el original entregado á la parte, no es bastante aquella justificacion antes bien se ha de sacar otra copia del protocolo, precediendo mandato judicial, y citacion de los interesados; con arreló á lo qual debe entenderse la ley diez tit. 19. p. 3. que parece oponerse (n. 28.). No siendo de omitir, que aunque el padre promete no mejorar á alguno de sus hijos contrayéndose á Juan; v. g. podrá sin embargo hacerlo en favor de qualquiera de los demás; excepto si el pacto lo formalizó principalmente por beneficio de éstos, y á fin de que sucediesen en partes iguales (n. 29.).

14 Finalmente, por lo que mira á el pacto que hacen entre sí los hijos, ú otros dividiendo para en adelante la herencia del padre ó de aquel á quien hayan de suceder, es nulo aunque intervenga juramento, por ser contra buenas costumbres, como que se trata de herencia de persona que aun vive, y abre puerta para delinquir, dándose á ésta muerte por los dichos herederos para lograr el efecto de la division que tenian pactada: bien es verdad, que asintiendo el padre valdrá el citado pacto, como permanezca en su voluntad hasta que muera (n. 30.). De que se deduce sucederle el hijo que habiendo renunciado este derecho con juramento en manos y favor de sus hermanos, ó del Padre juntamente, no continúe en querer privarse de la herencia de éste; pues viene á ser una convencion divisoria de los bienes que han de quedar por muerte del padre, contentándose uno de los hijos con no percibir cosa alguna, y ofreciendo á los otros el todo del caudal

para su igual division entre ellos; cuyo pacto, segun se ha sentado, está prohibido. Con advertencia, que aquel en cuyo favor se hizo la renuncia por su hermano, obtendrá la porcion que á éste hubiera de pertenecer *extra* de la mejora que sus padres le hubiesen hecho á el mismo renunciante. Y si la expresada renunciacion se haya executado en favor de los padres para que dispongan á su arbitrio de aquella parte que hubiera de tocar á el mismo que renunció, tendrán aquellos facultad para dexarla á el hijo que quieran (n. 31.).

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

LEY XXIII.

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

LAS mejoras que los padres hicieron á los hijos y descendientes en el tercio de sus bienes, ó parte de él, se deben regular conforme á el caudal que hubiere á el tiempo de la muerte, y no á el en que se hizo el mejoramiento; y así baxará, ó crecerá éste segun la diminucion ó aumento que los bienes del mejorante hayan tenido; cuyo cómputo corre tambien en las donaciones hechas á los hijos, por reputarse estos mejorados en el importe de ellas con arreglo á la ley 26. de Toro; de cuya regla se exceptúa el caso de la 29. de las mismas, hoy la 3. tit. 8. lib. 5. Recop. en que le es facultativo á el interesado elegir, ó el tiempo en qué recibió la dote y donacion *propter nuptias*, ó el de la muerte del que donó, conforme quisiere, para la restitucion á los otros herederos de lo excesivo é inoficioso de aquellas (n. unic.).

LEY XXIV.

QUando el testamento se rompiere ó anullare por causa de pretericion ó exheredacion, en el qual quiere mejoría del tercio ó quinto, no por eso se rompa

pa ni menos dexa de valer el dicho del tercio y quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.

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

2 Tambien serán válidos los legados dexados en el testamento en que se verificó error del Testador respecto del heredero: v. g. instituyendolo en el concepto de pariente, no siendolo en realidad; por quanto en aquellos no hubo error alguno á vista de que onerando el disponente á un consanguineo (segun su juicio) con las expresadas mandas, con mayor motivo es creible impondria este gravamen, cerciorado de ser un extraño el instituido; debiendo valer tambien por el propio rumbo los legados dexados en el segundo testamento hecho en la creencia de haber fallecido el heredero instituido en el primero, no siendo así en realidad: de modo que aunque en este caso sea nula la segunda institucion, quedarán en pie los legados en esta disposicion contenidos cod. n. vers. *Decimo et si quieras.* l. 21. tit.

16. p. 6. En inteligencia, que aunque el testamento se anule por causa de pretericion ó desheredacion, son válidas las mandas y fideicomisos que comprehendiere; lo mismo la substitucion pupilar, fideicomisaria de nombramiento de Tutor, y otros derechos en que no se sucede directamente (n. 3. l. fin. tit. 6.); sin que tampoco se anule la mejora de tercio y quinto que hubiere hecha en el citado testamento, por considerarse en substancia un prelegado (eod. n. vers. *Ex quo. et ist. l. 24. Taur.*).

3 Si la pretericion fuese hecha ignorando el Testador que tenia á el tal hijo que olvidó, ó porque fuese póstumo, ó por otro motivo; es nulo todo el testamento, y consiguiente los legados, fideicomisos y mejoramientos en él contenidos, por verificarse defecto de voluntad nacido de deberse presumir prudentemente, que si el padre hubiera sabido tenia aquel hijo, no lo hubiera preterido, ni tampoco dexa aquellos legados, fideicomisos ó mejoramientos (eod. n. vers. *Pro cuius perfecta ad vers. Secundo principalitèr.*). Siendo digno de advertir, que si estas mandas estuviesen dexadas á el mismo hijo preterido, y á su instancia se hubiese declarado nulo el testamento, no debe disfrutarlas, en pena de su indignidad, mediante á haber impugnado la misma disposicion de que aquellas dimanar; y por el contrario si percibiese lo que se le dexó, no puede despues contradecir el testamento, por ser visto aprobarle con el hecho de la expuesta percepcion (eod. n. vers. *Secundo principalitèr.*).

4 Si teniendo el Testador tres hijos, y preterido uno, instituyere á los otros, á el uno generalmente, y á el otro en el tercio y quinto de sus bienes

nes ; aunque el testamento sea nulo , debe no obstante guardarse ab intestado la voluntad del padre ; de modo que tomarán los tres hijos sus respectivas legítimas , y á el mejorado se le completará la suya hasta el tercio y quinto en que fue instituido (n. 4.). Debiendo observarse lo mismo aunque la mejora no fuese hecha por institucion , sino de legado (cod. n. vers. *Quarto principalitèr.*). No siendo de omitir , que en todos los casos en que subsisten las mandas , mejoras , fideicomisos &c. no se necesita hoy adicon de los herederos para su percepcion , atendida la ley i. tit. 4. lib. 5. Recop. (cod. n. vers. *Advertendum tamen.*).

L E Y XXV.

EL tercio y quinto de mejora fecho por el Testador no se saque de las dotes y donaciones propter nupcias , ni de las otras donaciones que los hijos descendientes traxeren á colacion ó particion.

LAS mejoras de tercio y quinto no se deben sacar de las dotes , donaciones *propter nuptias* , ni de las demás que los hijos deben traer á colacion y particion , sino del residuo del caudal ; porque los mejoramientos se regulan con respecto á los bienes que el Testador tenga á el tiempo de su muerte ; y como de ellos están ya fuera las expresadas donaciones desde que se hicieron , y las adquirieron los hijos ; justamente prohíbe nuestra ley la expresada deducion (n. 1.).

LEY XXVI.

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

LEY XXVII.

MAndamos que quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legitimos en el tercio de sus bienes, en testamento, ó en otra qualquier ultima voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitucion, como fideicomiso; y hacer en el dicho tercio los vinculos, submisiones, y substitutiones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descendientes legitimos, y á falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos, que bayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes, que lo suso puedan hacer entre sus ascendientes, y á falta de los suso dichos puedan

dan hacer las dichas submisiones entre sus parientes, y á falta de parientes entre los estraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio. Los quales dichos vinculos y submisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto: mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el Testador declararé, sin hacer diferencia de quarta ni quinta generacion.

LEY XXVIII.

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

LEY XXIX.

QUando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion propter nupcias, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar: pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo pueden hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren

inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las dotes; puesto que sea durante el matrimonio, á tornar á los otros herederos del Testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre si, y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que excede de su legitima, y tercio y quinto de mejoría: en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría quando hizo la dicha donacion, ó dió la dicha dote, aviendo consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió la dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, demás quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada: pero las otras donaciones que se dieren á los hijos: mandamos que para se decir inoficiosas se aya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.

Colacion se llama propriamente por lo respectivo á la materia de que tratan estas leyes, un acto de traer alguna cosa propia, y contribuir con ella á un acerbo y cúmulo de caudal comun para su division por iguales partes entre los interesados (n. 1.). Siendo la razon inductiva, el evitar invidias y diferencias entre los hermanos, con la igualdad que entre ellos induce la colacion: cuyo motivo es urgentisimo á presencia de infinitos exemplos que por invidia se han verificado, entre los que lo es la muerte que á Abel dió su hermano Cain, resentido de que Dios hubiese puesto mayor atencion en aquel y su ofrenda, que en éste y la suya (n. 2. 1.

l. 4. tit. 15. p. 6.). Cuya colacion tiene lugar, aunque los hijos sucedan á el padre *ex testamento*; excepto si en él se preceptúe lo contrario; sin que obste contra todo lo propuesto serle facultativo á el padre dexar en vida ó en muerte lo que quisiere á los hijos, ó á un extraño, no tocando á sus legítimas, y que por lo mismo no deban colacionarse estas donaciones, como que en ellas se tienen los hijos por mejorados; por quanto esto se verifica así quando consta claramente la expresada liberalidad de la voluntad del padre; mas no habiendo duda; porque entonces se cree, que éste quiere mas bien anticipar á los hijos la paga de legítimas, que no hacerles donacion alguna (n. 3.). Con advertencia, que no se colaciona lo que les sea dexado por testamento, como que aquí cesa aquella presuncion (n. 4.).

2. Aunque el hijo que obtuvo en vida del padre alguna cosa sea instituido en parte desigual respecto de los otros sus hermanos, no dexará por esto de deberse colacionar donadío; porque la desigualdad de la institucion no induce la haya de haver tambien en lo que hubieren recibido los hijos en vida del padre, sino se observará únicamente en quanto á lo contenido en la última voluntad (n. 5.). Advirtiendose, que la colacion tiene lugar respecto de los que suceden universalmente, mas no de los que heredan por título particular: v. g. un hijo instituido en cosa cierra, estandolo los demás en general, ó que le sea dexado algun legado en el testamento, ó ab intestado en disposicion codicilar: de que se deduce á la mayor satisfaccion, que si todos los hijos fuesen instituidos, cada uno en una cosa determinada, como que en este caso se conceptúan herede-

ros universales, á efecto de que el padre no muera en parte testable, y en parte intestable, deben colacionarse quanto hayan recibido (cod. n. vers. *Secundum tamen, et Ex quo subtiliter.*).

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

4 De la regla general que queda sentada se deduce, que aunque el hijo haya renunciado con juramento de la sucesion de sus padres, no obstante si estos lo instituyen, deberá traer colacion y particion lo que hubiese recibido; mediante á que por la institucion recuperó los derechos de su legítima, y quedó reducido á el sistema en que se hallaba antes de la renuncia (n. 8.). Sin que en los hijos naturales respecto del padre se considere obligacion á conferir, por no deberles legítima alguna (cod. n. v. *Duodecimo.*).

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

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

la-

lacionar; y si únicamente los profecticios que los hijos tubiesen de sus padres (n. 10.), y deban precisamente computarse por cuenta de legitima (n. 11.). Con advertencia, que aunque el padre instituya á el hijo en la suya, sin embargo habrá éste de traher á colacion y particion lo que hubiese percibido en vida de aquel; pues no se presume remitido con el hecho de la institucion (cod. n. vers. *Pulchrum.*).

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

(O) *Vid.* Ayor. de part. p. 3. c. 14. n. 49.

(P) P. Molin. de just. et jur. tract. 2. disp. 238.

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

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

pro-

(Q) V. Ayor. de part. p. 2. q. 13. n. 39. v. Lo qual se ha de entender.

protestacion del padre en las dádivas que hace á el hijo produce el efecto de que estas se colacionen, siempre que aquella se haga á el tiempo de la donacion, siendo en favor de hijo emancipado, en cuyo caso es válido el donadío; mas no quando la protesta se hiciere despues, excepto quando la donacion se executa en favor de hijo aun todavia existente baxo la pátria potestad, porque entonces, como desde luego no es válida (sino que intervenga juramento), y espera su confirmacion por muerte del padre donante, siempre es tiempo oportuno para protestar su colacion (eod. n. vers. *Item adde. et n. 26. y 27.*).

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

10 Como quiera que la obligacion de alimentar el padre á los hijos se entiende únicamente deberlo hacer en sus casas; no pueden estos precisar á aquel á que les subministre quanto necesiten para estudiar fuera de ellas; ni aunque hubiese empezado á hecerlo á que en ello continúe: excepto si tubiese el padre decentes facultades para contribuir á un fin tan recomendable, ó aunque no las tenga, si fuese para estudiar Gramática, por ser ésta una vasa que sirve para todo; y de consiguiente los hermanos, muerto el padre, tampoco se podrán obligar á los expresados gastos, sino en los casos que quedan exceptuados (n. 18.) No debiendo tampoco colacionarse lo que el padre hubiere dado para redimir á el hijo del cautiverio, porque se presume hacerlo por caridad y affection (n. 19.): no por el propio motivo lo que haya pagado por razon de algun delito cometido por el hijo, sino que el padre tubiese en su poder peculio de éste, ó hubiere hecho aquella satisfaccion por necesidad, como si se hubiere constituido por fiador del hijo (n. 20. R).

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

No

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

XXI. Aunque el Antonio Gomez en este n. 21. y 22. disputa con varias distinciones é ilaciones *utrum* será conferible lo expendido por el padre en algun empleo, officio ó dignidad para el hijo; lo que regularmente se practica es: que siendo cosa productiva de algunos emolumentos, deban

sus

12 No es conferible la donacion hecha á los hijos en premio de condignos meritos que para ello tenga, porque en realidad se considera una especie de peculio adventicio, el qual no hay duda no colacionarse: á cuyo fin no basta que el padre confiese dichos méritos en su disposicion, como que se trata de perjudicar á tercero, y por lo mismo su aserto se gradúa por sospechoso: antes bien es necesario que aquellos se hagan ver por el donatario: siendo suficiente la declaracion del padre únicamente á efecto de que el hijo se considere mejorado en el tercio y quinto de sus bienes en quanto alcanza el importe de la donacion, deducidas las legítimas de los demás hijos (n. 23.).

13 Si el hijo adquiriese de los bienes que tenia del padre algun lucro á fuerza de su industria y trabajo, no se debe conferir por ser peculio adventicio; pero si no se hubiere verificado personalidad suya, v. g. porque la ganancia fuese producido en poder de algun mercader que tomó dinero á ganancias, se debe traer á colacion y particion, y si se dudare si intervino ó no trabajo y agencia en el tal hijo, se dividirá de por mitad el expresado lu-

cro, sus gastos traerse á colacion y particion; y si no lo es, cese la obligacion de conferirlos: Ayor. de part. 2. p. quest. 18. n. 56. ad 59. Y si el empleo no fuere vendible, se hará un cómputo de sus utilidades, para que rebajado el trabajo y personalidad del hijo, el resto se considere como reditos de un censo vitalicio, y el principal que respecto de ellos se regule, se impute en la legítima del hijo que obtuvo dicho empleo, dignidad ó ministerio: Ayor. loc. cit. n. 57.

cro, quedandose este con una parte, y la otra para su division y particion entre los otros hermanos. Con advertencia, que á el hijo que administra y cuida del caudal del padre, por estar éste imposibilitado á causa de vejez ó otro motivo, y estar los hermanos en su menor edad, se le debe considerar algun contingente por su ocupacion y trabajo (n. 24.). Bien entendido, que si al tiempo de morir el padre, ó despues, se encuentre poseer el hijo algun caudal, dudandose el conducto por donde lo hubiese adquirido; se debe presumir dimanado de los bienes del padre; si el hijo los hubiese estado manejando en sus casas; y si hubiere estado separado, de su industria y trabajo (eod. n. vers. *Duodecimo infero.*).

14 Asimismo será conferible é imputable lo que el hijo hubiere disipado ó substraído á el padre siempre que aquel estubiese emancipado, porque contra él tenia éste accion civil para repetirlo; mas no si el hijo estubiese baxo la patria-potestad: en cuyo caso, como solo media una obligacion natural de parte del hijo que disipó no pueden conseguir sus hermanos la restitucion ó réintegro de lo expendido, sino por compensacion ó retencion (n. 25.).

15 No debe traherse á colacion y particion el importe del usufructo que el padre hubiese remitido al hijo, y que le pertenecia de los bienes adventicios de éste; porque en realidad no es donacion, y sí solo una abdicacion y renuncia de un derecho que le competia (n. 29.): bien sea la remision del mismo derecho del usufructo, de sus emolumentos, perpetua ó sin expresion alguna; porque en duda siempre se presume hecha para todo el tiempo en que el padre habia de tener el dicho usufructo: y
aun-

aunque se le permita por éste al hijo la percepción de sus emolumentos, no durará mas que ínterin se verifica la tolerancia y taciturnidad (cod. n. vers. *Quod extendit*).

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

17 Para que haya lugar á la colacion ha de ser entre los hijos y descendientes que por qualquier capitulo vengan á la sucesion del padre ó ascendiente, pues siempre se verifica la razon inductiva de aquella, reducida á evitar invidias y desazones: que sucedan por titulo universal, y no particular, como por legado, donacion, fideicomiso &c; bien que siendo inoficioso se restituirá su exceso á los demás herederos: que los bienes de cuya colacion se trate procedan del matrimonio de aquel de cuya sucesion se trata: que sean adquiridos en vida de éste, y no por su fallecimiento, como legado, fideicomiso, donacion por causa de muerte, ó la que se confirma por la misma: que los hijos y descendientes tengan derecho á las legítimas (n. 31.): y últimamente, que estos quieran heredar: porque si han renunciado pueden retener lo que el padre les haya dado, ó pedir lo prometido, sin obli-

gación á conferirlo, y si solo con la de restituir aquella porcion que excediese del tercio y quinto, y tambien de su legitima, ya tocando en las de los demás hermanos á causa de lo inoficioso de la expresada donacion (n. 32. y 33.): y esto aunque fuese por via de dote, pues la hija aun durante su matrimonio, con arreglo á lo expresivo de nuestra ley 29, tendrá que restituir aquello que excediere del tercio y quinto, y de su legitima á sus hermanos, quienes á este fin tienen una especie de accion revocatoria, como que la dacion de la referida dote es una enagenacion fraudulenta; aunque de parte del marido de la hija dotada no se verifique fraude alguno; porque aunque regularmente para revocar el acreedor la enagenacion hecha por su deudor, es indispensable intervenga dolo así en el vendedor, como en el comprador: consiste la razon de diferencia, en que los hijos respecto de sus legítimas son unos acreedores reales por el derecho que tienen á los bienes de su padre; lo qual no es así en otro qualquiera á quien solo asiste accion personal; mayormente quando éste trata de revocar toda la enagenacion, y los hijos solamente la parte de inoficiosa (n. 34.). Con advertencia, que para graduar de excesiva á la dote se ha de atender ó el tiempo de su constitucion, ó el de la muerte del donante, segun mas bien parezca al marido de la dotada. Pero en otra qualquier donacion, en especial siendo lucrativa, no hay el arbitrio de elegir tiempos, antes bien el interesado se ha de sujetar á el en que fallezca el Padre de cuyos bienes se trata (n. 35.). No debiendo sacar el tercio y quinto de mejoría de la dote, donacion *propter nuptias*, ni de las

demás que los hijos trahen á colacion y particion ; si-
no de los bienes que queden deducidas estas (cod.
n. vers. *Item etiam.*).

18 De varios remedios puede usarse para la
colacion : Primero : por liberacion quando lo que se
ha de conferir fue prometido , y aun no se haya
entregado : Segundo : quando por el contrario , ha-
biéndose verificado su entrega y solucion se trae al
cuerpo del caudal para su division : Tercero : quan-
do el hacer esto último no está en la facultad del
que debe conferir ; v. g. la dote que el marido po-
see no tiene arbitrio la muger para llevarla al cú-
mulo de bienes para su particion contra la vo-
luntad de aquel ; en cuyo caso toma de menos otra
tanta porcion como importase la dote. En intelligen-
cia , de que si el matrimonio fuese disuelto de for-
ma que la hija esté en posesion de ella , debe tra-
her á colacion y particion las cosas en que consista,
y no su estimacion : y así habiéndose constituido en
bienes muebles , si estos no existan al tiempo de la
muerte del padre , no es conferible la estimacion de
ellos ; y si en raices , aunque fuesen estimados suce-
derá lo propio , esto es , se deberán colacionar ellos
mismos segun se hallen al tiempo de la muerte,
aunque éste les haya dado mas ó menos estima-
cion. Entiendese esto quando la hija y sus herma-
nos no quieran pasar por el aprecio que á los bie-
nes dotales se le dió en tiempo de constituirse la
dote ; pues como este fue negocio entre suegro y
yerno , no puede perjudicar ni á la hija , ni á los
demás interesados (n. 36.). Bien entendido , que el
derecho de colacion , á exemplo de otros hereditarios,
se trasmite á los herederos , *tam activè , quam passivè*
(n. 37.).

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

cion de alguna cosa que complete aquella porción debida, á causa de que en esta se le impúta lo donado (n. 38.).

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

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

y aunque los legados y donaciones que se confirman por muerte se impútan en legítima, y no se trahen á colacion, lo causa la expresa prohibicion de derecho, y así esta excepcion acredita la regla por el contrario (n. 39.). En inteligencia, de que en los ascendientes respecto de la sucesion de los descendientes, ni hay colacion ni computacion (cod. n. vers. *Unum tamen.*).

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

23 El nieto á quien el abuelo viviendo la persona média hizo alguna donacion de suyo conferible é incomputable por contemplacion del mismo donatario, y no de su padre, ni se le imputará á este último en su legítima, ni tendrá obligacion de colacionarla; y lo mismo sucederá á el nieto respecto de la herencia de su padre, por que el donadío no provino inmediatamente de su caudal, sino del de el abuelo; debiendo verificarse lo propio si suceda á éste por muerte de la persona média: lo uno porque viene representandola, y lo otro porque el nieto en la sazón que recibió del abuelo la dona-

cion, como vivía el padre que le precede, no tubo derecho á su legitima, y por lo mismo cesa en él la obligacion de conferir, y de que se le haya de imputar en su adavér la cosa donada. Mas si el abuelo por contemplacion del hijo hubiere hecho á el nieto la expresada donacion, deberá sufrir su imputacion la persona média; y lo mismo el nieto muerta ésta, respecto de la sucesion del abuelo: siendo despues de cargo de dicho donatario traer á colacion con sus hermanos la referida donacion quando succedan á su padre, ó con sus tios quando premuerto éste hereden á el abuelo; bien que si concurrieren tambien otros nietos, hermanos del donatario se deberá despues respecto de ellos formar el propio cómputo y colacion (cod. n. vers. *Secundum*).

L E Y XXX.

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

LOS gastos de funeral, Misas y entierro (en que se comprehenden los hechos de la última enfermedad para curacion del difunto (n. 2. S.), generalmente hablando deben sacarse del cuerpo de la herencia, y despues las otras deudas, legítimas de los hijos, legados &c: atendiendo á ser un crédito.

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

dito tan privilegiado que se prefiera aun á los que tengan expresa hipoteca especial en los bienes del deudor , á la muger de éste en su dote , y á todo otro qualquier acreedor (n. 2.). Y aunque habiendo hijos se deben deducir del quinto los expresados gastos conforme á nuestra ley , al parecer derogatoria en este caso de la dicha preferencia , como que el quinto se forma pagadas deudas : lo cierto es que esta ley habla y debe entenderse quando la herencia alcanza para pagar cómodamente funeral, deudas, legados , legítimas , y demás que haya; mas no en el caso de que no hay bienes del difunto , ó si los hay , son tan cortos que no bastarán á los gastos funerales ; pues entonces estos se deducirán primero que otro algun crédito ; y así queda firme la regla de preferencia que va sentada (cod n. 2.). En inteligencia , que no se comprehende en las expensas de funeral los lutos de los hijos , muger del difunto y criados ; y si quisieren traerlos , debe ser á su costa respectivamente. Siendo digno de advertir que no se puede detener por los acreedores el cuerpo de su difunto deudor , porque á permitirse esto , causaria con el pestífero olor que echa de sí un gravísimo perjuicio al público (cod. n. l. 12. y 13. tit. 9. p. 7. et l. fin. tit. 3. p. 1.

L E Y X X X I.

***P**orque muchas veces acaece, que algunos porque no pueden, ó porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder á otros que los hagan por ellos: y los tales comisarios hacen muchas fraudes y engaños con los tales poderes, estendiendose á mas de vo-*

luntad de aquellos que se lo dan , por ende por evitar los dichos daños , ordenamos y mandamos , que de aquí adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer herederos en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto desberrar á ninguno de los hijos , ó descendientes del testador , ni les pueda substituir vulgar ni pupillar , ni exemplar mente , ni hacerles substitucion alguna , de qualquier calidad que sea , ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos , ó descendientes del testador , salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento , especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera el poder para hacer heredero , nombrando el que da el poder por su nombre á quien mando el comisario haga heredero , y en quanto á las otras cosas señalando para que le da el poder , y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señalo y mando , y no mas.

I **D**isposicion captatoria es aquella por la qual puede engañarse el Testador , cometiendo á otra persona su última voluntad , y está formalizado el testamento , bien contra la voluntad del principal disponente , bien fuera de ella. Esta disposicion es reprobada por derecho , porque hacerla cada uno de su final voluntad es un acto personalísimo dependente de su mero arbitrio (n. 1.): por cuya causa será insubsistente aquella en que se le dé á otro facultad para que instituya por heredero á quien le parezca ; ó aunque se nomíne desde luego por el poderdante , sea baxo la condicion *si quisiere* esta ó esotra persona : ó la en que se cometa
la

la facción de testamento, expresandosele á el comisario el sugeto á quien ha de hacer heredero; bien es verdad que esto está permitido hoy por nuestra ley 31 (n. 2.). Igualmente está reprobado por idéntico motivo la dexacion de legado para la persona que el heredero quisiere, ú otro tercero, ó nombrandose desde luego á el legatario baxo la condicion de que estos quieran. Pero si el Testador dixo: *Lego á Ticio v. g. tal cosa á arbitrio de mi heredero ú de Francisco*: en este caso vale la manda, porque es visto cometerse á un juicio prudente y moderado; de modo, que haciendose nombramiento ó eleccion iniqua, se deberá no obstante el legado á Ticio: bien que las mandas pueden dexarse á voluntad del mismo legatario, cuya condicion obra el efecto de impedir su transmision interin se acepte el legado: lo qual no es asi en los contratos lucrativos; pues estos, aunque puedan cometerse á arbitrio y voluntad del adquirente, desde luego hay transmision á los herederos de éste; pero los onerosos de ningun modo pueden cometerse á otra voluntad ni arbitrio, que á el de un tercero, pues respecto de éste no se prohibe lo captatorio (n. 3.).

2 La eleccion de persona incierta de ciertas puede cometerse á otro, como se verifica en el caso de nuestra ley, dando el padre facultad para que el comisario mejore á quien quisiere de los hijos y descendientes: y si el Testador mejorare á el que su misma muger eligiere con acuerdo y parecer de un tercero, aunque éste falte sin haberse practicado la eleccion, ó no quisiere, podrá sin embargo hacerla la madre. De todo lo qual se infiere ser válida la comision que el Testador diere á qualquier sugeto

pa-

130 SOBRE LOS COMENTARIOS

para que reparta sus bienes entre pobres (los que deben ser del mismo pueblo y domicilio del disponente) (n. 4.). Sin que se conceptúe haberse mejorado asimismo aquel hijo que teniendo facultad del padre para ello, no lo hizo, ó porque murió, ó por algun otro motivo que se lo impidió (eod.n. vers. *Juxta predicta.*).

3 Puede justamente constituirse ley positiva permitiendo la validacion de la disposicion captatoria; por quanto en ello no es inductiva de pecado, ni es contra buenas costumbres, lo qual acredita nuestra ley 31.: y por lo mismo será costumbre racional la que induzca dicha validacion, como se advierte en la substitucion pupilar, en que la disposicion testamentaria del hijo impúbero está en el arbitrio del padre substituyente (n. 5.).

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

LEY XXXII.

Quando el testador no fizo heredero, ni menos dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las en la ley proxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento, el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, y cargos de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar

dar distribuir por el anima del testador la quinta parte de sus bienes que pagadas las deudas montare, y el remanente se parte entre los parientes que venieren á heredar aquellos bienes ab intestato, y si parientes tales no tuviere el testador: mandamos que el dicho comisario dexándole á la muger del que le dió el poder, lo que segun leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer, sea obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas á la anima del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna.

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

LEY XXXIII.

EL comisario para hacer testamento, ó mandas, ó para declarar por virtud del poder que tiene, lo que ha de hacer de los bienes del testador, no tenga mas termino de quatro meses si estaba al tiempo que se le dió el poder en la ciudad, villa ó lugar donde se le dió el poder: é si al dicho tiempo estava ausente, pero dentro destes nuestros Reynos no tenga ni dure su poder mas de seis meses, y si estuviere fuera de los dichos Reynos al dicho tiempo tenga termino de un año, y no mas, y pasados los dichos terminos no pueda mas hacer que si el poder no le fuera dado, y vengan los dichos bienes á los que los habian de aver muriendo el testador ab intestato, los quales terminos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga y alegue que nunca vino á su noticia que el tal poder le avia sido dado: pero lo que el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa que avia de hacer el tal comisario: mandamos que en tal caso el comisario sea obligado á lo hacer, y si pasado el dicho termino no lo hiciere, que sea avido como si el tal comisario lo hiciere, ó declarase.

Aunque los Albaceas y executores testamentarios regularmente tienen un año para hacer se cumpla la disposicion, sin embargo el comisario á quien se le encarga la faccion del testamento, solo tiene de término para formalizarlo quatro meses, habiendose hallado en el pueblo en que

mirió, el poder-dante á el tiempo de conferirlo: seis, si estaba fuera, pero dentro del Reyno: y un año, si se hallase en otro distinto. Cuyo tiempo corre aunque por el comisario se alegue ignorancia de su comision; de forma, que pasados estos términos respectivamente, carece de facultades para hacer disposicion alguna, ni purgar la tardanza; perteneciendo en este caso los bienes á los parientes próximos del que confirió el expresado poder. En inteligencia, que si se hubiese cometido á el citado apoderado alguna cosa señaladamente, y no lo cumpliera pasado el tiempo correspondiente, se tiene por hecha (n. 1. y 3.).

2 El Testador puede ampliar ó restringir el tiempo del Albaceazgo, y lo mismo el que da poder para que otro disponga su testamento en aquellos términos que el comisario tiene por ley (n. 2.): contra cuyo transcurso no se admite restitution de menor, si lo fuese el apoderado, ni menos *ex clausula generali*, siendo mayor; porque aquel beneficio procede quando redunda en utilidad del mismo que lo intenta, y no en la de otro, como se verifica en el caso presente, en que á el comisario poco ó ningun interés se le sigue de admitirse ó denegarse la restitution, debiendose imputar asimismo el que confirió el poder en haberlo dado á persona menos solícita y cuidadosa (n. 4.)

LEY XXXIV.

EL comisario por virtud del poder que tubiere para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador avia hecho en todo ni en parte:

te: salvo si el testador especialmente le dió poder para ello.

I **A**unque el comisario tenga poder para hacer el testamento de alguno, no puede revocar ni en todo ni en parte el que este último hubiese hecho sin especial poder para ello; porque del mismo modo que ninguno puede hacer por otro testamento sin su expreso mandato, así tampoco puede revocar el que el primero tubiese hecho.

LEY XXXV.

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

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

LEY XXXVI.

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

Verificandose por qualquier motivo de voluntad ó imposibilidad del comisario no haber hecho el testamento para que tenia poder dentro de los términos preñidos en la ley 33. de Toro, no quedando descendientes ni ascendientes, entran heredando los bienes del difunto sus parientes coraterales, con la obligacion de distribuir á beneficio de su alma la quinta parte del caudal dentro de un año, á que las Justicias podrán compelerles, ó de oficio, ó á pedimento de parte (n. 1. et 2. vers. *Secundo quero.*); sin que nuestra ley, como limitada, pueda extenderse á los demás casos, en que sin haber nombramiento de comisario se verifique fallecer ab intestato (n. 2. XXII.). Bien entendido, que aunque los

XXII. Asi está decidido hoy este punto en Real Pragmática

tales herederos dexen de cumplir en el año con la obligación que tienen de costear los sufragios correspondientes, no se les debe pribar de los bienes del difunto : Porque esto se verifica únicamente quando omiten el encargo hecho por el mismo á quien heredan , en pena de su indignidad (cod. n. 2. vers. *Tertio quero.*).

2 El motivo principal de que queden privados de los bienes hereditarios los parientes que sucedieron en ellos por no haber cumplido el comisario con su encargo en el termino prescrito , en caso de que no distribuyan el quinto por el alma del difunto dentro de un año ; es el favor la causa-pia. Advertiéndose , que ésta tiene otros muchos privilegios, quales son : primero : adquirir dominio sin contradicción : Segundo : ser válida la donacion que se le hace de todos los bienes asi presentes como futuros ; como se verifica entrando alguno en Religion : Tercero : no favorecer el Senado-consulto Velleyano á la muger que sale por fiadora de causa piadosa ; Quarto : que si el Testador encargue á el heredero la restitution de sus bienes baxo la condicion *si sine liberis decesserit* , aunque éste no deba hacerla entrando en Religion , pues ésta se tiene en lugar de hijo ; lo contrario será si fuere substituta alguna

rica de 2. de Febrero de 1766. que es la ley 16. tit. 4. lib. 5. de la Recopil. del año de 1772. , en que se prohíbe expresamente dicha extension , y que con el referido pretexto de intestado se intrometan los Jueces á inventariar los bienes del difunto , en los que deberán suceder sus parientes con la carga de funeral , y demás sufragios correspondientes á el País , calidad , caudal , y circunstancias de aquel.

otra causa-pia , á la qual se le restituirán desde luego los citados bienes: Quinto: considerarse cancelado por error, y no por voluntad del Testador, el legado que en realidad lo esté, siendo hecho en favor de causa-pia: Sexto: prevalecer la sentencia que entre dos ó mas discordes hubiere en favor de aquella: Séptimo: que la donacion hecha á la causa-pia no se revoca por supervenencia de hijos, excepto en lo tocante á sus legítimas: Octavo: deberse preferir la misma en la venta hecha á muchos, aunque otro haya tomado posesion de la cosa: Nono: que aunque en los contratos inominados *re adhuc integra* pueda arrepentirse qualquiera de los contrayentes, no asi quando la penitencia redunde en perjuicio de la causa-pia: Décimo: admitirse qualquiera sin poder, dirigiendo la solicitud en favor de ella: Undécimo: que aunque en el legado ú otra cosa dexada para su prestacion en este ó esotro año no nazca hasta el fin de éste la obligacion de su entrega, siendo en favor de causa-pia, se debe desde el principio: Duodécimo y último: que aunque por lo regular las dexaciones extendidas con generalidad ó obscuridad se consideren con respecto á la menor cantidad, lo contrario se verifica quando son en beneficio piadoso (eod. n. tot. vers. *Ex quo.*).

LEY XXXVII.

Quando el testador nombrada ó señaladamente hizo heredero, y hecho, dió poder á otro que acabase por él su testamento, el tal comisario no pueda mandar mas despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del testador de la quinta parte

de sus bienes del testador: y si mas mandare, que no wala, salvo si el testador especialmente le dió el poder por á mas.

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

LEY XXXVIII.

QUando el testador dexare dos ó mas comisarios, si alguno ó algunos dellos requeridos no quisieren, ó no pudieren usar del dicho poder, ó se murieren, el poder quede por entero al otro ú otros que quisieren y pudieren usar del dicho poder, y en caso que los tales comisarios discordaren, cumplase, y executese lo que mandare y declarare la mayor parte dellos: y en caso que no aya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados á tomar por tercero al Corregidor, ó Asistente, ó Governador, ó Alcalde mayor del lugar donde fuere el testador, y si no wiere Corregidor, ni Asistente, ni Governador,

dor, ni Alcalde mayor, que tomen el Alcalde ordinario del dicho lugar por tercero. Y si muchos Alcaldes ordinarios uviere, y no se concertaren los dichos comisarios, qual sea, en tal caso echen suertes, y el Alcalde á quien cupiere la suerte se junte con ellos, y lo que la mayor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y execute.

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

2 La resolución principal de esta ley se corrobora por otros casos, en los que se verifica lo mismo: v. g. en el de que muchos Jueces ordinarios ó delegados, que una vez que conocieron juntos de algun negocio, deben determinarlo en la propia forma, prevaleciendo lo que la mayor parte resolviere; con advertencia, que discordando los ordinarios, son nulas ambas sentencias, excepto la que se termine en favor de causa-pia, libertad, matrimonio, ó si fuere absolutoria: pero siendo la discordia entre delegados, queda suspensa una y otra providencia has-

ta que se confirme alguna por el Superior; y esto aunque medie el favor de aquellas causas (n. 2. y 3. T). Sin que sea de omitir, que aunque discordando los Jueces árbitros, subsista el dictamen en que la mayor parte se conformare, han de haber estado todos ellos presentes á el acto de arbitrar; porque faltando alguno por ausencia, muerte, noluntad, ú otro qualquier motivo, los demás carecen de facultad para decidir el compromiso (sino que aun para este evento se les hubiese dado poder por los comprometentes): porque podrian las razones del que faltó vencer á los otros á que condescudiesen con su parecer (n. 4. l. 28. y 32. tit. 4. p. 3.). Lo propio acontece quando están nombrados muchos Procuradores, quienes no siendolo *in solidum*, no pueden unos sin los otros evacuar cosa alguna de las contenidas en el poder, venciendo en caso de discordia lo que la mayor parte executare: de que se infiere, que como los Tutores y Curadores lo son regularmente *in solidum*, puede alguno sin los demás autorizar qualquier acto; bien es verdad, que la administracion de los bienes es divisible, y cada uno en la parte que le corresponda podrá únicamente prestar su autoridad. Bien entendido, que la suerte (de la qual no hay apelacion por no conceptuarse superior alguno para ella), solo tiene lugar en los casos expresos de ley, y quando la duda consiste, no en hecho, sino en derecho (n. 5.).

LEY

(T) *Vid. Cur. Philip. p. 1. §. 7. n. 154.*

LEY XXXIX.

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

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

LEY XL.

EN la sucesion del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dexare fijo, ó nieto, ó descendiente legitimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su orden preferan al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayorazgo pertenescia. Lo qual no solamente mandamos que se guarde, y platique en la sucesion del mayorazgo á los ascendientes, pero aun en la sucesion de los mayorazgos á los transversales,

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

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

2 El derecho de primogenitura puede consistir ó en la soberanía de los Reyes, principes, Emperadores, y demás que en lo temporal no reconocen Superior: ó en el titulo de algun Ducado, Conado, Marquesado ú otros Señoríos, que aunque atribuyan al que lo obtiene mucha grandeza honor y jurisdiccion, es con subordinacion á Superior: ó en el goce, derecho y posesion que sobre quales-

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

quier bienes tienen algunos particulares (n. 3.). En inteligencia, de que proviniendo el derecho de reynar del Divino y de Gentes, pueden los Vasallos elegir Soberano en el caso de no haber sucesor, ó que sean pueblos libres que no reconozcan Superior. (n. 4. l. 9. tit. 1. p. 2.).

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

4 Si el Soberano fuere menor de veinte y cinco años debe proveersele de Curador, aunque lo repugne; porque aunque regularmente no pueda recibirse contra la voluntad del adulto para el gobierno de sus bienes, es muy diferente lo primero, por consistir en una administracion pública y mas peligrosa, como que se termina á la direccion y gobierno de sus súbditos (n. 9.): y asi tampoco debe demorarse la provision de dicho Curador á pretexto de no encontrarse fiador seguro para resultas de en-

K 4

car-

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

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

cargo tan delicado (cod. n. vers. *Circa hoc.*).

5 Los Reyes y demás Soberanos tienen en sus dominios ciertos derechos y preeminencias correspondientes al supremo poderío que obtienen, y de que carecen los Grandes y Señores, sino que les hayan sido concedidos. Aquellos consisten: Primero: en la facultad de establecer leyes é interpretarlas: Segundo: ser válida la venta hecha por el Soberano de alhaja agena, y quedarle á su dueño en este caso solo el efugio de la repetición contra el Fisco: Tercero: en fabricar moneda: Quarto: poder revocar una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada: Quinto: conceder legitimaciones á hijos expurios é incestuosos: Sexto: cometerse delito de lesa Magestad quando se ofende al Soberano: Septimo: restituir al infamado á su antiguo crédito y opinión: Oçtavo: perdonar al delinquente, y remitirle la pena en que hubiese incurrido, como no haya parte acusante: Nono: conceder ad deudor moratoria para que el acreedor le espere: Décimo: quitar la apelacion en los casos en que la hay: Undecimo: conocer de su propia causa: Duodécimo y último: dispensar la edad á los menores de ella. Siendo digno de advertir: que aunque el Rey conceda á algun Duque, Conde ó Marqués, ú otro Señor temporal los privilegios de sus regalías, quedan no obstante exceptuados aquellos que corresponden al supremo poderío y peculiar de la dignidad del Soberano (n. 10.).

6 La primogenitura consistente en algun título de Duque, Conde, Marqués &c. proviene de concesion hecha por el Monarca, ó en virtud de prescripción; teniendo aquellos en los pueblos de su Se-

ñorio jurisdicción y vasallage, los mismos derechos que éste en su Reyno, á excepción de los que le son reservados en señal de la suprema potestad (n. 11. l. 12. in fin. tit. 1. p. 2.) Bien entendido, que si el Principe hiciere á alguno donacion de Villa, Lugar, Fortaleza ú otro territorio con titulo de Duque, Marqués &c; como que se presume executarla con la prerrogativa inherente á estas dignidades, deben seguir los bienes donados por via de mayorazgo en el mayor de los hijos y descendientes, sin dividirse como si fuera caudal libre; entre los hermanos. Bien es verdad, que si á alguno que teniendo bienes sueltos, y no sujetos á restitucion: se le haga concesion de alguna de dichas dignidades, no pertenecerá todo á el mayor de los hijos; antes bien se dividirán aquellos entre estos, y el título espirará, como personal, por muerte de aquel á quien se concedió (n. 12.).

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

aten-

atendida la regla natural de que la disolucion de las cosas se verifica por los modos de su constitucion (n. 16.). De que se deduce, que en todos los casos en que por solo el titulo, sin tradicion alguna verdadera ó ficta se transfiere el dominio, ó se constituye *jus in re* en los mismos se puede impedir la enagenacion por sola la convencion, prefiriendose entre los adquirentes el primero en el titulo si fuese privilegiado; v. g. la causa pia, ó el contrato pignoratico é hipotecario (cod. n. vers. *Ex quibus infero*).

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

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

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

9 Otro de los casos en que se puede prohibir la enagenacion de los bienes por acto entre vivos, es quando el Juez movido de alguna justa causa así

lo decretara; v. g. por prodigalidad del sujeto á quien se lo impide, temor de fuga; ser la cosa legítima, y otros motivos que pueden verificarse (n. 24.) Bien entendido, que no puede prohibirse la enagenacion aunque se haga por respeto de otra persona á quien se hayan de restituir en cierto tiempo, ó por muerte del adquirente, los citados bienes (ex n. 25. ad 29. exclus.): y aunque la ley siete tit. 4. part. 5. da por válida la donacion hecha hasta cierto tiempo para la restitucion de la cosa donada al mismo donante, sus herederos ú otro tercero, los cuales llegado el caso adquirieran respectivamente la posesion y señorío de aquella; lo cierto es que el dominio de la alhaja donada no se separó del donante, respecto á que la donacion solo fue del usufructo; y por lo mismo no puede decirse que el donatario perdió el dominio *solo pacto*, y sin retradicion, que nunca lo tuvo: adquiriendosele al tercero aquel derecho á consecuencia del pacto hecho por el donante (n. 28.): á cuyo fin no solo le compete accion contra este y sus herederos, sí tambien contra otro qualquier tercero, pero esto solo en el contrato de donacion, porque en los demás lucrativos ú onerosos cesa la adquisicion de dicha accion (n. 29.). Con advertencia, que el donante no puede revocar el pacto de restitucion hecho en favor de otra persona (n. 30. A), mediante á que de él se adquirió á esta accion y derecho sobre la cosa donada, *máximé* quando hoy atendida la ley 2. tit. 16.

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

16. lib. 5. de la Recopil. en qualquier manera que uno quiera obligarse, queda obligado, aunque sea en favor de ausente, sin aceptacion, estipulacion, ú otra solemnidad (cod. n. vers. *Pro qua sententia*, et n. 31. in fin.). De todo lo qual se deduce, que la mejora de tercio hecha en favor de alguno de los hijos con el gravamen de restituirlo segun el orden prevenido en la ley 27. de Toro, siendo irrevocable para con el mejorado, lo será tambien respecto de los demás á quienes se ha de ir haciendo la restitucion, mediante el derecho que á estos se les adquirió en los bienes de que se compone la mejora por la posesion de ella, entrega de Escripura, ó causa onerosa que para hacerla intervino (n. 33.). Lo mismo sucede quando se establece vínculo ó mayorazgo por alguno de estos motivos en persona cierta, substituyendo otras por su muerte; pues entonces se hace para siempre irrevocable (n. 34.): al modo que aquellas regalías peculiares de un Monarca de suyo imprescriptibles, sino por la inmemorial, luego que llegan á prescribirse por algun Grande ú otro Señor temporal, quedaron ya reducidas por esta mutacion de personas á la naturaleza de otra qualquier cosa, y por lo mismo pueden en adelante prescribirse por el tiempo ordinario de diez, veinte ó treinta años respectivamente (cod. n. vers. *Item etiam et tertio.*). Por la propia razon, si se verificare enagenacion de alguna alhaja de abolengo sin haverla retraido el pariente inmediato á quien correspondia este derecho, queda aquella libre para siempre de que se pueda en otra ocasion tantear (cod. n. vers. *Item etiam et quarto.*).

10 Asimismo se prohíbe la enagenacion de la

cosa efectivamente por expresa disposicion legal (n. 35.): por mejora de tercio, imponiendosele los vínculos, sumisiones y restituciones que se quisieren conforme á la ley 17. de Toro; y aun estableciendo mayorazgo sobre él sin licencia Real (n. 36.): por testamento y última voluntad, pero con expresion de causa, v. g. por restitucion que de la cosa se haya de hacer á otra persona; porque no habiendola se gradúa la prohibicion mas bien por consejo que no por precepto: bien es verdad, que en los mayorazgos, por ser de suyo perpetuos é inagenables, basta constituirlos sin especificacion de causa (n. 37.). En inteligencia, que ésta tampoco se necesita en lo demás quando ella misma se presume; v. g. si la cosa fuese obtenida del Príncipe, ó era alguna Fortaleza que sirviese de protección y defensa á la familia, ó interviniese juramento del Testador. Siendo la causa de permitirse la prohibicion de enagenar en las últimas voluntades, porque asi como para adquirir el dominio de lo que en ellas se dexa, basta la adición, sin que se necesite posesion, del mismo modo es facultativo en ellas el impedirlo sin retradición (n. 38. y 39. l. 44. tit. 4. p. 4.).

II Dexandose algun legado, fideicomiso, ú otra qualquier cosa á los de su casa, familia, linage, ó á los parientes, con prohibicion de su enagenacion, á fin de que se conserve, en ellos no se admiten todos á un mismo tiempo, sino atendida la proximidad de cada uno (n. 40.), que se regula respecto del último poseedor, y no del Testador; sucediendose no por representacion, sino atendida la mayor inmediacion segun la presunta voluntad del disponente: bien que si éste diere facultad para que se

eli.

elija á el pariente que se quiera, se puede hacer la eleccion aun en el mas remoto (n. 41.).

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

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

14 Dexandosele á la familia algun legado, fideicomiso &c., se entiende ésta hasta los parientes dentro del quarto grado, siendo colaterales, y si fueren descendientes *in infinitum* (n. 45.): sin que el prohibido de

de enagenar fuera de aquella, ó de cierta clase de personas que señalare el Testador, pueda instituir á otras distintas; las cuales en caso de suceder ab intestado á el tal onerado, quedan con la obligacion de restituir la cosa cuya enagenacion se prohibió á la familia ó personas en favor de quienes se hizo la prohibicion) n. 46. y 47.)

15 Aunque á el heredero no se le puede cometer la absoluta eleccion de legatario, bien es permitido, siendo de personas ciertas: v. g. *Mundo es- ta ó esotra cosa á el que de mis hijos eligiere el heredero*: pudiendose en este caso hacer la eleccion no sólo en uno, sino tambien en dos ó mas juntamente: á exemplo del comisario, que teniendo poder para mejorar, le es facultivo hacerlo en la propia forma (n. 48.): en cuyos casos, si no eligieren el heredero ú el comisario, entrarán todos los interesados en el legado ó porcion de la mejora por partes iguales (n. 49.). Bien entendido, que electo ó mejorado de quien recibe en realidad es del mismo Testador, y no del heredero ó comisario (eod. n. vers. *Item adde.*); y de aqui es, que los que tienen la expresada facultad de elegir ó mejorar, no pueden gravar en manera alguna á el electo, ó mejorado; bastando para el cumplimiento de su encargo, que digan: *Elijo ó mejoro á Fulano*, sin tener que usar de las expresiones de *Lego ó dexo tal cosa*; porque en substancia ellos no hacen mas que escoger persona que disfrute el legado ó mejora dexada por el Testador (eod. n. vers. *Item ex hoc infertur.*); consiguiente á lo qual tampoco podrán alterar la eleccion una vez que la hicieron, excepto si se les mandó la executasen por su muerte, porque entonces hasta ella tienen fa- cul-

cultad para hacer novedad en la eleccion; si bien es cierto, que habiendose de practicar la restitucion, eleccion ó nombramiento en persona cierta y determinada, aunque fuese por muerte del que quedase con este encargo, si aquella diligencia la hiciere en vida será inalterable (n. 50.).

16 A el modo que gravandose á un solo heredero á que no enagene, si no hubiere expresion de causa ó circunstancias que la induzcan, se entiende mas bien consejo que no precepto la dicha prohibicion, segun queda expuesto en el §. 10. de esta ley; en los mismos términos se forma igual concepto quando se dexan muchos herederos, y á uno, dos, ó á todos se les prohíbe dicha enagenacion: y de consiguiente no debe presumirse que el disponente lo hizo con ánimo de que el que premuriese hiciera restitucion de su parte á los coherederos; bien que será conjetura para esta presuncion, que el Testador hubiese mandado que unos á otros se estipulasen recíprocamente no enagenar sus respectivas porciones (n. 52.).

17 Tambien induce tácito fideicomiso entre los herederos ó legatarios la disposicion, en que se le impone á el último que muriese el gravamen de restituir toda la herencia ó todo el legado á qualquier persona; mediante á que para cumplirse esta voluntad es indispensable que las porciones de los que premueren vayan recayendo en los que sobrevivan, hasta que todo el caudal venga á juntarse en el último que ha de hacer la restitucion: y por lo mismo si se ponga substituto á el último que de aquellos muriese, de la herencia ó legado que se les dexa, sin la expresion de *toda* ó *todo*, como que en

duda se entiende la substitucion en quanto á la parte respectiva á el gravado, cesa la presuncion de fideicomiso entre los citados herederos (n. 53.). En inteligencia, que el gravado con restitucion no puede enagenar; porque aunque *ipso jure* sea válida la enagenacion que hiciere, siendo la restitucion condicional, ó conferida en dia incierto, purificandose la condicion, ó llegando éste, se deshace aquella (n. 54.).

18. Tambien puede impedirse la enagenacion por contrato ó acto entre vivos, mediante la autoridad y facultad del Príncipe, que interviniere para la institucion de algun mayorazgo (cod n. vers. *Octavus modus.*). Y aunque se puede hacer vinculacion sin permiso ni facultad Real, no obstante su intervencion es utilísima para muchas cosas: Primera: poderse dexar á el hijo aun mas que su legitima, tercio y quinto, bien que reservandose á los demás hijos los correspondientes alimentos: Segunda: no estar sujeto el Fundador á guardar en los llamamientos el orden prevenido en la ley 17. de Toro: Tercera: haber facultad para instituir el dicho mayorazgo en el hijo único que hubiere, siendo asi que faltando Real facultad, ni se le puede mejorar en el tercio, ni de consiguiente imponerle sobre el gravamen de vínculo, restitucion &c.: Quarta: pasar la posesion del mayorazgo *ipso jure* á el inmediato sucesor, muerto su actual poseedor, sin acto alguno de aprehension; lo qual no sucede en los otros vínculos establecidos sin la circunstancia de Real permiso y facultad (n. 55. C) XXIV.).

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

XXIV Lo contrario está comunmente recibido, y con-

19 La institucion de mayorazgo ó mejora de tercio y quinto con el gravamen de vinculacion es permitida tanto por la ley positiva, como por la de conciencia, siempre que se haga la eleccion en el hijo mas benemerito, sin llevarse el padre del cañño que á este ó esotro tenga (n. 56. y 58.). pudiendo dexarle á uno solo por via de mayorazgo todo el caudal, precediendo Real facultad, como á los demás les sean reservados sus alimentos, ó tengan ellos mismos ocupacion de donde adquirirlos. Y aunque á los hijos no se les puede privar absolutamente de sus respectivas legítimas, sí alterar su quota; porque su tasa proviene de ley positiva; de modo, que quedandoles á los no llamados á la sucesion del mayorazgo sus alimentos, segun va dicho, no se puede considerar contravencion alguna á el derecho natural (n. 57.).

20 Aunque el Fundador de vínculo ó mayorazgo, de cuyos bienes prohibió la enagenacion y division, lo dexé á uno de sus hijos, sin expresar á quien, ó á estos simplemente, se entiende llamado uno solo, y el mayor; porque en duda es presumible que aquel quisiese arreglarse á las leyes y costumbres del Reyno (n. 59. D); y por lo mismo bastará que el instituidor llame á el hijo mayor, ú otro primer sucesor, sin hacer mas llamamientos para

L 2

con-

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

firmado en la práctica; de suerte, que tanto en los mayorazgos fundados con Real facultad, como en los vinculos instituidos sin esta circunstancia conforme á las Leyes del Reyno, tiene lugar la translacion de posesion prevenida en la 45. de Toro.

considerarse el vínculo ó mayorazgo perpetuo en los demás que segun derecho deban ir sucediendo prefiriendose siempre el primogénito que se halle en grado mas inmediato. En inteligencia, que es suficiente el llamamiento virtual y tácito, como si se dixese: *Habiendo varones no succedan las hembras;* pues aquellos adquieren derecho prelativo á la sucesion, por haberse hecho en su favor la exclusion de estas (cod. n. vers. *Ex quibus novitèr.*).

21 El padre puede elegir para el vínculo ó mejoramiento que haga, á las hijas, y preferirlas á los varones (n. 60.). Siendo digno de advertir, que estando estos llamados con exclusion de hembras, no pueden suceder los varones provenientes de ellas (n. 61. XXV). Bien entendido, que el Hermafrodita, cuya inclinacion se dirige mas bien á el sexó masculino, puede suceder en mayorazgo de nuda masculinidad; y si su propension corresponde á ambos sexós igualmente, queda á su arbitrio elegir aquel que mas le convenga (cod. n. vers. *Item quero. E.*).

22 Aunque á la sucesion del mayorazgo sea llamado el hijo mayor, ó los hijos é hijas descendientes mayores de alguna persona determinada, ó aquellos ó estas alternativamente, se debe preferir el mayor de los varones y su linea, á la hembra y la suya, por mas que sea la primogénita, sin que de-

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

XXV Lo contrario resuelve con mucha solidéz el Señor Roxas Almás. *disp. 1. quest. 1 ex n. 114. ad 117.*, expresando, que en este caso es el mayorazgo de nuda masculinidad, y no de agnacion rigorosa.

deban suceder igualmente ; porque verificandose para con éstos llamados un afecto ordinado de parte del Fundador , quien es presumible lo tendria mayor á el varon que á la hembra , respecto á conservarse mas bien por la varonia su memoria , que por la femineidad , úcico objeto de los instituidores , es muy conforme la expresada preferencia (n. 62.) , y mas quando en duda se presume que aquellos se arreglan á lo dispuesto por derecho conceptuando por lo mismo de regular sucesion de la vinculacion que formalizan (eod. n. F). Advirtiendose , que acabada la linea masculina llamada con prelacion á la femina , serán primero aún en esta los varones que las hembras (n. 63.).

23 Si el Fundador llamase á el hijo mayor sin hacer mas llamamientos : no espira por muerte de aquel la vinculacion , antes bien se derivará perpetuamente por el orden regular de preferencia de mayor á menor : y de varon á hembra (n. 64. G): bien es verdad , que si solamente se prohibiee la enagenacion de los bienes que le fueren dexados : v. g. á Juan , sin expresion alguna de vinculaciou , por su fallecimiento quedarán en el sistema de libres , y sin la sujecion que para con aquel les puso el disponente (eod. n. in addiction. vers. *Secus vero.*). En inteligencia que oy atendida nuestra ley 40. , falleciendo el poseedor del mayorazgo , cuyo hijo mayor premuerto dexó nieto , éste debe preferirse á el hijo segundo de dicho tenedor en representacion de su padre quedando decididas por esta Real disposicion las dis-

L3

pu-

(F) Dom. Rox. Almans. *disp. i. q. i. n. 6.*

(G) Dom. Rox. Alm. *dic. disp. i. q. i. n. 3.*

putas que sobre este asunto habia antes de su constitucion (eod. n. 64. ex vers. *Undecimo quera* ad n. 66.). Debiendo succeder lo mismo en los bienes sujetos á aniversarios por revestirse de la naturaleza de los mayorazgos; y asi los sucesores no están obligados á entregar el valor de lo que su último poseedor hubiese mejorado en ellos (n. 65. in fin vers. *Ex quibus.*).

24 Aunque el Religioso ya profeso sea capaz para succeder en mayorazgo consistente en administracion de bienes particulares, no lo es para el que tenga jurisdiccion anexa, como Reynado, Ducado, Condados, &c. (n. 66. H): bien que en caso urgente podrá dispensar el Papa para que salga de la Religion, y contrahiga matrimonio, á fin de que tenga sucesion (eod. n.); cuya distincion cesa para con el Clérigo Secular, aunque lo sea *in sacris*, por no considerarsele incapacidad alguna de succeder en qualquier clase de mayorazgo. Y aunque no puede exercer la jurisdiccion criminal contra legos, la comete y delega en persona que lo sea; y lo mismo debe hacer quando de esta se apele á el Clérigo delegante: conceptuandose la facultad del delegado mas bien conferida por el Papa, y disposiciones Canónicas, que por el tal Clérigo sucesor en el citado mayorazgo (eod. n. vers. *Quid autem.*).

25 El hijo primogénito debe siempre succeder con preferencia á el segundo; y esto aunque aquel fuese habido antes de que el padre hubiese obtenido el mayorazgo; porque el derecho de los hijos se-

(H) Dom. Rox. Alm. disp. r. q. r. n. 140. et 141. et disp. 2. q. 5. n. 23.

contempla tenerlo desde luego aun respecto de los bienes futuros que el padre haya de adquirir , y no se causa por la dignidad que éste tenga , y sí solo por el derecho de sangre que media entre uno y otro (n. 67).

26 Verificandose que dos ó mas hijos nazcan de un mismo parto , debe suceder el primero que salga á luz ; pero si no pudiere constar esta prioridad de tiempo ó porque la madre pariese en lugar obscuro , sola sin asistencia de comadre ú otras personas , ó por otro algún motivo ; siendo los nacidos todos varones , ó todas hembras , se debe dividir el mayorazgo por partes iguales para que ninguno tenga queja , y todos disfruten un beneficio que les franqueó la fortuna por medio de la expresada perplexidad (n. 68. l. 12. tit. fin. p. 7). Siendo digno de advertir que el loco mentecato , y demás en quienes concurre semejante defecto , bien sea por naturaleza ó por accidente ; no son incapaces de suceder en mayorazgo consistente en bienes particulares ; pero sí en el que tenga anexa jurisdiccion , como Reynado , Ducado &c. , siempre que á el tiempo de suceder en éste se verificaba aquel vicio , aunque fuese casual porque si sobreviniere despues de que estén en posesion debe continuar en ella por medio de un Curador , ó Director que ha de nombrarseles (n. 69).

27 El poseedor actual de mayorazgo , siendo mayor de 25. años , ó aunque fuere menor , haciendolo con juramento , puede renunciar en el siguiente sucesor ; pero si aquel aun todavia no hubiese sucedido , no es válida la tal renunciacion , por ser una especie de pacto , en que se trata de *futura successione certo modo dividenda* , el qual es pro-

hibido ; antes bien se necesita permanencia de voluntad de parte del renunciante hasta que muera (n. 70.).

28 El sucesor de mayorazgo no está obligado por lo regular á satisfacer las deudas contrahidas por su antecesor ; porque á éste no es á quien sucede en realidad , sino á el fundador : excepto si el adeudo proceda de haberse invertido su importe en utilidad perpetua ó durable de los mismos bienes vinculados pues entonces debe pagarse aquella deuda no del caudal del sucesor , sino del producto del mismo mayorazgo : á exemplo de los débitos contrahidos en beneficio del Reyno , á cuya solvencia , y no á los de otra naturaleza está sujeto el Rey sucesor sin que obste la ley 46. de Toro , en la que se previene quedar libres de la expuesta responsabilidad los que heredan edificios y reparaciones executadas por el anterior poseedor en los bienes mayorazgados ; pon quanto esta Real resolución , como limitada á el propuesto caso no es extensiva á mejoramientos de distinta clase (n. 71. vers. *Decimo octavo*, et n. 72. l. 4. tit. 15. p. 2.). Bien entendido , que cesa lo antecedente quando el que contrajo las expresadas deudas fue el mismo fundador ; porque entonces siendo anteriores á la constitucion del mayorazgo , ó aunque sean posteriores , como este fuese revocable , se deben satisfacer indispensablemente (cod. n. 71. in fin.) : bien que en la vinculacion de tercio , y quinto , sean ó no irrevocables , siempre se ha de sacar primeramente lo que el padre estubiese debiendo (cod. n. 1).

29 El padre puede privar á el hijo de la sucesion

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

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

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

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

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

alimentos á sus hermanos , quedando la madre comun con decentes facultades para hacerlo , ó en su defecto los abuelos maternos ; porque la obligacion de los hermanos es subsidiaria (n. 7.) : bien entendido ; que el poseedor del mayorazgo es verdadero dueño de los bienes de su dotacion ; y asi hallandose enagenados puede intentar la accion reivindicatoria á efecto de que se le haga la correspondiente restitucion (n. 76. K). En inteligencia , que por lo regular vale el argumento de feudo á mayorazgo , sin que se encuentre diversidad de razon (n. 77.).

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

32 Puede hacerse institucion de heredero en los mismos bienes del mayorazgo ; y esto obra el efecto de que á el instituido se le transfiera el derecho de

suc-

(K) Dom. Rox. Alm. *disp.* 3. q. 6. n. 25. *verb.* imo et dominium.

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

33 Tampoco puede éste hacer transacion ó compromiso sobre los bienes vinculados (n. 86. M.). Bien entendido , que aunque la prohibicion de enagenar estos mismos sea tácita y virtual , y en este caso se permitia antiguamente distraherse por cau-

sa

(L) Noguera, *alég.* 28. n. 27.
 (M) Dom. R. ex. Alm. *disp.* 1. q. 10. n. 46.

sa de dote, aun para Religiosa; alimentos, redención de cautivos y otras semejantes; hoy se encuentra en nuestro Reyno contraria general observancia (n. 87. in adicc. N).

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

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

Los
(N) *Vid. Dom. Molin. de hisp. primog. lib. 4. c. 6. ex n. 17. usque ad fin. et ibi adent.*

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

XXVIII. Esta facultad que tiene el Soberano para permitir la enagenacion de los bienes vinculados, como in-

36 Los bienes de mayorazgo no pueden prescribirse aun por tiempo dilatadísimo, sino que sea inmemorial, por tener fuerza de verdadero y legítimo título procediendo aquella regla no solo quando el que trata de prescribir hubiese habido dichos bienes del mismo poseedor, ó prohibido de enagenarlos, sino tambien de otro qualquier tercero (n. 90.): bien entendido, que tampoco pueden confiscarse por delito cometido por el poseedor, aunque éste fuese el mismo fundador, y todavia revocable el mayorazgo, mediante á que en ambos casos media una obligacion anterior de restituirlos, respecto de la que se contrahe por la comision del delito; y asi entrará á el goce de los expresados bienes el inmediato sucesor (n. 91.): y esto aunque el delito sea gravísimo, como de lesa Magestad Divina ó humana, pecado nefando, ú otros; excepto si en la fundacion ú Real licencia para hacerla se previniese lo contrario (n. 92.) Procediendo lo antecedente quando á el tal delinquento se le impusiese la pena de muerte natural; porque si el castigo fuese mas suave, el Fisco se alza con los emolumentos que el mayorazgo produgese durante la vida del perpetrador; y por su muerte entra el sucesor inmediato (eod. n. vers. *Unum tamen.*): á menos que el instituidor hu-

de las leyes de Toro sobre los mayorazgos
de las leyes de Toro

tervenga justa causa, procede tambien aunque el instituidor hubiese prohibido expresamente que pudiese para dicha enagenacion impetrar su Real facultad para los poseedores: pues ninguno puede mandar que las leyes no tengan lugar en su testamento, ni coartar á el Principe su soberania: Dom. Molin. lib. 4. c. 3. n. 28. Dom. Salg. de concurs. p. 1. c. 37. n. 21.

biese prohibido expresamente toda confiscacion ó preceptuado, que en caso de verificarse comision de algun delito por el poseedor, pasase el mayorazgo al siguiente llamado (eod. n. vers. *Quod tamen.*). Con advertencia, que si en la licencia Real para hacer la fundacion se previniese la confiscacion de dichos bienes, padecerán tambien la propia aplicacion aquellos que el Fundador pudiera haver vinculado sin Real facultad, con arreglo á la ley 17. de Toro, por revertirse estos bienes de la qualidad de los otros, como incluso todos en la expresada fundacion; sin que en esta se prevenga que la confiscacion concebida generalmente en la facultad Real no sea extensiva á los bienes que sin ella pudieran haberse vinculado (eod. n. vers. *Item adde.*).

L E Y X L I.

MAndamos que en el mayorazgo se pueda probar la escritura de la institucion del con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escripturas que hagan fé: ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del temor de las dichas escripturas; y asi mismo por costumbre immemorial provada con las qualidades, que concluyan los pasados aver tenido y poseydo aquellos bienes por mayorazgo: es á saber que los hijos mayores legitimos y sus descendientes succedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor del dexase otro hijo, ó hijos legitimos sin darles los que succedian en el dicho mayorazgo alguna cosa, ó equivalencia por succeder en él: y que los testigos sean de buena fama: y digan que asi lo
vie-

vieron ellos pasar por tiempo de quarenta años : y asi lo oyeron decir á sus mayores , y ancianos que ellos siempre asi lo vieran y oyeran : y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario : y que dello es publica voz y fama , y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra.

LA escritura de institucion del mayorazgo se puede acreditar con la de la facultad Real para fundarlo (n. 1.) ; y no hallandose por testigos inteligentes que depongan de su pérdida , tenor, intervencion de los requisitos substanciales : como son: fecha , signo del Notario ó Escribano &c. ; y que no aparecia vicio alguno de falsedad (n. 1. y 3.). En defecto de lo antecedente se puede justificar la institucion del mayorazgo por testigos que depongan de costumbre inmemorial , reducida á que los antecesores del que trata de probar habian tenido aquellos bienes como vinculados , preferiendose el mayor y su descendencia al menor : que estos testigos sean de buena opinion y crédito : que expresen haberlo visto y experimentado ellos mismos por espacio de quarenta años : que habian oido á sus mayores , haberlo estos visto y oido á los suyos : que nunca vieron ni oyeron cosa en contrario : y que de ello es pública voz y fama entre los moradores de la tierra (eod. n. 1. P) ; de que se deduce, que la escritura no es de esencia del mayorazgo , y solo sirve á efecto de su prueba , á exemplo de otros actos en que se verifica lo mismo (n. 2.). Y aunque regularmente toda costumbre se induzca por diez años,

(P) Dom. Rox. Alm. disp. 1. q. 1. n. 36.

años, sin distincion de ausentes ó presentes ^{pues} el pueblo siempre lo está; no obstante la respectiva á acreditar mayorazgo se ha de hacer vér en la forma que queda explicada (n. 4.).

LEY XLII.

ORdenamos y mandamos que la licencia del Rey para hacer mayorazgo, proceda al hacer del mayorazgo, de manera, que aunque el Rey dé licencia para hacer mayorazgo por virtud de tal licencia, no se confirme el mayorazgo que de antes estuviere fecho, salvo si en la tal licencia expresamente se dixese, que *aprovava* el mayorazgo que estava fecho.

LA facultad Real para fundar mayorazgo debe preceder á su institucion: de modo, que si ésta se hubiese formalizado con anterioridad á aquella circunstancia, aunque despues se obtenga la expresada licencia, no se conceptuará confirmada por ella la fundacion, excepto si en la misma gracia se expresase su aprovacion: siendo la razon de dicha precedencia, porque para el establecimiento de mayorazgo se requiere *pro forma* la facultad Real, á exemplo del consentimiento del padre para que el hijo ada la herencia ó parezca en juicio: la autoridad del Tutor ó Curador en los negocios del pupilo ó menor: el decreto judicial para la enagenacion de los bienes inmuebles de éste; y otros casos de la misma naturaleza; bien que lo contrario sucede en lo que hace ó contrahe la muger sin permiso del marido, pues basta que éste despues lo ratifique segun la ley cinquenta y tres de Toro

(n. 1. XXIX.). Siendo de reflexar , que todos los actos , cuya validacion pende de la voluntad de algun Superior , ó tercero , siendo éste sabidor de hallarse aquellos executados , es visto aprobarlos y ratificarlos con solo el permiso que despues diere para formalizarlos ; como si v. g. el emphiteuta hubiese vendido la cosa que tiene en emphiteusis sin preceder noticia del dueño directo ; en cuyo caso , dando éste despues su permiso para la venta , se confirma ya la executada (n. 2.).

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

M

LEE

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

LEY XLIII.

Las licencias que nos avemos dado, ó diéremos de aquí adelante, ó los Reyes que despues de nos vieren para hacer mayorazgo no espiren por muerte del Rey que las dió; aunque aquellos á quien se diéren no hayan usado dellas en vida del Rey que las concedió.

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

LEY XLIV.

EL que biciere segundo mayorazgo aunque sea con autoridad nuestra, ú de los Reyes que de nos vieren, ora por via de contrato, ora en qualquier ultima voluntad despues de hecho pueda lo revocar á su voluntad, salvo si el que lo biciere por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de las cosas ó cosa contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo biciere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escriptura dello ante Escribano, ó si el dicho contrato de mayorazgo se oviere echo por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de

casamiento, ó por otra causa semejante: que en estos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió estuviere cláusula, para que despues de echo lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo hizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura, que hizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos que despues de hecho lo pueda revocar.

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

LEY XLV.

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

I Para la perfecta comprehension de esta ley es de suponer, que una cosa es dominio, otra detentacion, y otra posesion. Dominio es un derecho coherente á la persona, en orden á disponer á su arbitrio de cosa corporal, sino que la ley lo prohiba, ó lo estorve alguna convencion. De que se deduce que el dominio no es qualidad inherente á la cosa como la servidumbre: que de dos ó mas que

tengan títulos de un mismo dueño será preferido el que primeramente tomare posesion , ó le fuere hecha entrega de la alhaja ; por habersele transferido el señorío de ella : y que qualquiera dueño podrá reivindicarla de su poseedor aunque éste lo sea con título (n. 5. l. 1. r. 2. 8. p. 3).

2 A el principio del mundo todas las cosas eran comunes hasta que por derecho de Gentes fueron divididas las inmuebles para que cada uno supiese lo que era suyo , haciendose del primer ocupador las que de nuevo eran halladas (n. 1.) : bien es verdad ; que despues de estas determinaciones gentilicas , por las que quedaron divididos los expresados bienes , aunque se hallasen algunos á el parecer vacantes , y sin poseedor , no deberá adquirirlas el que las ocupase ; pues se debe presumir haber dueño de ellos siendolo en caso de duda el mismo pueblo , en cuyo territorio se encuentren ; y si fueren hallados fuera de él , de modo que se dude su mas ó menos inmediacion á este ó esotro pueblo para poder inferir su pertenencia , se dividirán igualmente entre los territorios contendentes (n. 2.) : siendo digno de advertir , que las cosas muebles y semovientes , que se crian en el ayre , tierra , y mar , son desde luego del primer ocupador por derecho Natural primario confirmado por el de Gentes y Civil (n. 1. y 3.) . excepto quando no se hallen en su plena libertad , ó lleven consigo alguna señal que acredite su permanencia en el dominio de otro ; ó esto mismo lo insinúe la qualidad de la cosa ; y asi hallandose algun esclavo con señales y demostraciones de tal , no se conceptuará libre , antes si se hará inquisicion de su dueño : tambien encontrandose alguna persona dinero ó otra cosa inmueble , sujetas por su naturaleza á do-

mi

minio, no será suyo este hallazgo; antes bien queda obligado á publicarlo; ó á repartirlo á pobres, en caso de no aparecer su dueño (eod. n. 3.).

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

4 Detentacion es tener alguna cosa en terminos tan desnudos de propiedad y posesion, que solo se reduce á una mera insistencia de echo en aquella. La detentacion se causa: Primero: quando se entregan algunos bienes simplemente sin expresion de causa ó título alguna en cuyo caso se viene á verificar en substancia una especie de contrato de depósito, mutuo, ó de naturaleza, que las circunstancias del asunto exigieren; bien que no se ha de presumir en duda ser donacion, por ser ésta *stricti juris*, excepto interviniendo expresiones ó conjeturas concluyentes de ella (n. 6. y 7.): Segundo: en todos los casos en que alguno tiene la cosa por título no translativo de dominio, como se verifica en

el depositario, conductor, inquilino, ó comodatarío en quanto á los bienes depositados, arrendados, ó conmodados, que tienen respectivamente (n. 8. l. 2. tit. 3. p. 5.): Tercero: quando reteniendo alguno la posesion civil y natural de la cosa, bien por estar ésta á su vista, ó él cerca de ella; de modo, que prontamente pueda aprehenderla, se entrase otro de su propia autoridad en ella, ó le fuere entregada, aunque sea con título, por persona distinta de dicho legítimo, y absoluto poseedor: Quarto: en los demás casos en que se verifica semejante ocupacion, ó entrega de la cosa, cuya posesion civil y natural permanezca en otra persona; como sucede en los bienes de mayorazgo, que en la expuesta circunstancia pasan desde luego á el inmediato sucesor, conforme á esta nuestra ley 45.: y así el que los ocupare será nudo detentador (eod. n. vers. *Quartus casus* ad n. 9.): Quinto: quando por autoridad judicial, á fin de custodiar la cosa, ó conservar su derecho, se entrega á alguna persona; como se verifica en el acreedor, que en rebeldía del deudor se le pone *ex primo decreto* en posesion de los bienes de éste: en el legatario; á quien se le aposeiona en los hereditarios quando el heredero no dá seguridad de satisfacer el legado, y se verifica retardacion en la instancia movida en orden á su prestacion: en la madre, que á nombre del pósthumo toma la posesion de los bienes del padre difunto: y ultimamente en aquel que por defecto de caucion *damni infecti* se le pone en posesion de la casa, que amenaza ruina, (n. 9.): Sexto: respecto de las personas incapaces de posesion, como lo es el Religioso, hijo de familia, esclavo, y demás que adquieren para otros (n. 10.).

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

6 La detentacion, á imitacion de la posesion, se retiene con solo el ánimo, estando el detentador cerca de la cosa, ó á su vista (n. 15.), y no si se hallare ausente: en cuyo último caso siendo tambien aquel el mismo dueño de ella no podrá transferir su dominio por la clausula de constituto en otra persona pues ni posee, ni detenta; y asi verificandose lo contrario, esto es, no estando ausente, no será estraña la expuesta translacion por la citada clausula, como que entonces la detentacion del dueño transferente empieza á tenerse por este mismo á nombre de aquel á quien pasa nuevamente el dominio de la cosa (n. 16.) Con advertencia, que acreditandose el detentar, se conceptúa justificado el pe-

ser, si no que de contrario se prubee verificarse únicamente lo primero (eod. n. vers. *Item adde.*).

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

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

3 La expresion *no prohibidas de enagenarse* indica que las cosas sagradas, religiosas, y otras semejantes no admiten posesion (eod. n. alt. vers. *Item ideo.*). Siendo de tener presente, que la posesion

tráhe su etimología à *pedum positione*; y aunque esto no puede decirse de la que se tiene en las cosas muebles, por consistir en aprehension de manos; no obstante como la posesion de lo inmueble es mas digna y durable, y tambien los pies son el cimiento del cuerpo; por lo mismo se conceptúa suficiente y propia aquella derivacion (eod. n. et vers.). Bien entendido, que la posesion una es civil, y otra natural y pueden verificarse juntamente respecto de un mismo poseedor (ex n. 19. ad 20. l. 2. tit. 30. p. 3. Q); y se corrobora con lo expresivo de nuestra ley quarta y cinco.

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

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

nedor y poseedor de ella, no por esto le transfiri-
rá su dominio, mediante á que ni hay título, ni me-
nos acto verdadero de posesion (cod. n. vers. *Ex qua
superiori.*). Sin que obste la especie de que el po-
seedor de buena fe, recibiendo la alhaja en arren-
damiento del verdadero dueño le transfiera á éste
la posesion de ella, por quanto en este caso inter-
viene causa, qual es, que aquel á quien se le hace
la translacion de posesion era el legítimo Señor de
la cosa (n. 22.).

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

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

(R) Dom. Salg. *de protecc.* p. 4. c. 8. á n. 103. et 203. No-
guer. *alleg.* 26. D. Olea *de cess. jur.* t. 6. q. 5. á n. 14.

á restitucion por lo menos hasta que muera el poseedor , y se transfiera á el inmediato sucesor la posesion civil y natural conforme á nuestra ley 45.ª y esto aunque por disposicion legal ó del hombre se prohiba tambien la tradicion de aquellos bienes (n. 26.) Lo propio se dirá de la enagenacion que el marido hace de los bienes dotales : del contrato hecho por la muger sin su permiso : de la donacion excesiva de los 500. sueldos sin estar insinuada ; de suerte , que aunque todos estos actos sean inválidos como intervenga verdadera tradicion , pasa la posesion en el accipiente (cod. n.vers. *Tertio ex predicta.*).

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

14 En el contrato nulo no pasa la posesion como el acto de su translacion sea ficto porque aqui la causa inmediata de aquella no es éste , que

en

en el caso es un accesorio, sino la convencion que como invalida no produce efecto alguno (n. 29.). Pero si el contrato por alguna circunstancia influya esperanza de convalescencia, entonces el acto ficto obra el mismo efecto que el real y verdadero, y de consiguiente pasará la posesion á el que recibe (eod. n. vers. *Et sic ex predictis.*); como se advierte en la donacion hecha entre los conyuges, que aunque prohibida; espera confirmarse por la muerte del donante (n. 31.).

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

16 El acto corpóreo, ó es verdaderamente tal, ó ficto. El primero consiste en aprehension de manos en quanto á bienes muebles, ó en postura de pies, que es entrarse en alguna cosa, respecto de los inmuebles (n. 34.): siendo suficiente para adquirir la posesion de todo un fundo la ocupacion de una parte, por mínima que sea, porque aquel es uno, indiviso, y continuo (n. 35.): en cuyo caso la aprehension de sola ésta se considera respecto de todas las demás acto verdadero (eod. n. vers. *Adde tamen.*). Y por lo mismo quanto se halla dispuesto por derecho en la posesion que se adquiere sin ficcion alguna, tiene lugar en aquella (eod. n. vers. *Ex quo deducitur.*). Debiendo considerarse la propia extension para adquirir del todo la posesion de al-

gun

gun derecho incorporal, como usufructo, servidumbre, jurisdiccion &c., con exercitarla en sola una parte del fundo sirviente, ó con solo un acto jurisdiccional (n. 37.) pero con la diferencia, que en este caso se necesita voluntad del dueño para la expuesta total adquisicion, lo que no en el otro (eod. n. v. *Advertendum.*).

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

(S) *Vid. de hac mater. Dom. Sal. de protecc. p. 3. c. 10. á n. 126. et. 2. pag. de retent. c. 5. §. 3. n. 36. Larr. lib. 1. de mov. c. 10. á n. 15. Dom. Castell. de tert. cap. 33. n. 3.*

chas cosas muebles que se hallen dentro de alguna casa, ú otro continente, basta tomar la de solo éste (n. 40.).

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

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

20 Puedese adquirir la posesion natural sin la
ci-

civil, ó está sin aquella. Lo primero se verifica quando estando ausente de la alhaja su poseedor, y reteniendo solo la civil, vaca la natural: en cuyo caso el ocupador de aquella adquiere solamente esta especie de posesion, y lo segundo, quando por el contrario estando vacante la civil, y ocupada la natural, v. g. por el usufructuario, se adquiere solo aquella entrando en el fundo del usufructo. Lo mismo se puede verificar en el caso de que ambas sean de alguno, el qual puede quedandose con una transferir otra; como se advierte quando qualquiera da en usufructo alguna cosa, pues entonces retiene el dueño la posesion civil, y la natural pasa á el usufructuario; ó *vice versa*, retiniendose el usufructo se transfiere la civil en aquel á quien se enagena la cosa usufructuante, y con la natural se queda el usufructuario (n. 43.). Siendo digno de advertir que hallandose vacante tanto la posesion natural como la civil de alguna cosa, puede el ocupador adquirir una sin la otra, protestandolo así porque los actos no obran mas que lo que quieren los mismos que los executan (n. 44.).

21 La posesion se adquiere también por actos fictos interviniendo cosa, ó titulo. El primero es por vista y presencia ocular, aunque la cosa se halle distante, pero siempre ha de concurrir tanto voluntad de parte del accipiente, como del tradente (n. 45. l. 6. tit. 30. p. 3.): y por lo mismo, como las cosas vacantes no tienen dueño, cuyo consentimiento pueda intervenir, no se adquieren sino por verdadera tradicion y aprehension (n. 46.): como se advierte en el tesoro, aunque sea el que quiera aprehender su posesion el mismo dueño del fun-

fundo, donde se halle (n. 47.) en cuyo caso lo hace todo suyo; pero encontrándose en ageno, sin industria alguna, se divide igualmente entre el inventor y dueño de aquel sitio; y si con ella será de éste absolutamente, en pena de que con estas maniobras se abandona la agricultura, asunto á la verdad muy importante á la causa pública (n. 51. y 52. l. 20. tit 28. part. 3. XXX). Necesitandose la dicha natural aprehension en las cosas vacantes, aunque por ley ó estatuto se concedan al que las hallare, excepto si permita expresamente su adquisicion sin aquella circunstancia (n. 47. vers. *Item adde.*).

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

(cod.

(T) L. 28. tit. 23. lib. 4. Recop.

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

(cod. n. 48. vers. *Ex qua etiam conclusione*, et. n. 49. y 50. U).

23 Asi como las cosas vacantes no pueden adquirirse por actos fictos á causa de no tener dueño cuya voluntad intervenga en la translacion, segun queda sentado; del mismo modo carecen de facultad el Tutor y Curador para transferir por modo ficto la posesion de los bienes de su menor enagenados con la correspondiente solemnidad: el apoderado de los de su poderdante: el executor testamentario de los contenidos en la disposicion: el Prelado de alguna Iglesia, de los de ésta: el Juez, de los litigios, en caso de tener que aposeionar en ellos á alguno de los litigantes; pues todos ni son dueños, ni poseedores respectivamente de los citados bienes (n. 53. y 54.): exceptuandose de este último caso el en que se verifique resistencia del contrario, ú otro justo impedimento; porque entonces á fin de evitar discordias puede el Juez aposeionar á el interesado por vista y presencia ocular, aunque sea de lexos (cod. n. 54. vers. *Quod tamen limita.*). Tampoco podrá el heredero transferir posesion de los bienes hereditarios por acto ficto antes de su aprehension, porque aunque por la adición es dueño, no tiene posesion hasta que execute aquel acto (n. 55.), ni menos tomarla ésta de los citados bienes, sino por verdadera aprehension, á causa de no haber poseedor mediante cuya voluntad lo haga por vista ú otro modo ficto (n. 54. vers. *Quinto subtiliter.*).

24 La regla general que requiere acto verda-

(U) L. 10. tit. 8. lib. 8. Recop. l. 18. cod. t. et lib. c. 12. y 13.

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

25 El segundo acto ficto por el qual se transfiere la posesion, es por la entrega del instrumento que se formaliza para la enagenacion de la cosa aunque sea mueble (n. 56. l. 8. t. 30. p. 3.), sin necesitarse tradicion del título por el qual adquirió la alhaja que ahora la enagena; lo qual (además de manifestarlo las leyes 17. y 44. de Toro (n. 57. ead. l. 8. t. 30. p. 3.)), se halla recibido en inconcusa práctica. Procediendo lo antecedente aunque los contrayentes no se hallen á presencia de la cosa, como ésta se posea por el tradente (n. 58.); ó aunque éste venda, ó en otro qualquier modo enagene el mismo instrumento y título por el que adquirió (n. 59.).

26 El tercero consiste en la entrega de llaves, mediante el qual se transfiere la posesion de las cosas

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

27 El quarto modo ficto es la retencion del usufructo de alguna alhaja, cuya propiedad se enagena; pues entonces el tradente quedandose con la posesion natural, transfere la civil en el accipiente, como se verifica una especie de constituto de parte del usufructuario, quien á nombre del otro retiene la propiedad de la cosa, de modo que tiene investidura de procurador y guardador de ella (n. 62. l. 9. tit. 36. p. 3.). Lo mismo se advierte quando se retiene otro qualquier derecho incompatible con el dominio de la alhaja, como el emphiteutico, obligandose á satisfacer el canon correspondiente á quien se enagena la cosa, ó el pignoraticio, hasta que por éste se satisfaga el precio de ella; y otros á este modo (cod. n. vers. *Ex quibus*). Con advertencia, que no sucede así quando por el contrario se retiene la propiedad ó dominio de la cosa, y se enagenan los otros derechos de ella por cesar aqui los motivos que en el caso arriba puesto se verifican (n. 63.). Sin que sea de omitir, que la translacion de posesion civil por la retencion de usufructo procede aunque ésta se haga en ausencia de la cosa (n. 65.).

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

29 El sexto modo ficto se verifica quando el dueño de la cosa la enagená á aquel á quien la tenia dada en depósito , arrendamiento , comodado &c.: en cuyo caso esta detentacion se convierte en posesion *fictione juris* , mediante el nuevo título de adquisicion , sin necesitarse otra alguna aprehension (n. 69. l. 47. tit. 28. p. 3.): y esto aunque la cosa no estubiese á presencia de los contrayentes á el tiempo del convenio , pues entonces por lo menos se transfiere la posesion civil (n. 70.); causada ésta de la detentacion que con solo el ánimo tambien se retiene por el tal depositario , arrendatario ó comodatario (eod. n. 70. vers. *Attende tamen.*); ó aunque estos no tubiesen la cosa anteriormente del mismo que ahora les hace la enagenacion de ella , sino de otro tercero (n. 71. vers. *Item adde.*). Bien entendido, que cesa en el propuesto caso la translacion de por
se-

sesion, si el dueño ignorase que la alhaja estaba en poder de los referidos; porque se verifica defecto de voluntad, y ésta es incompatible con el error (n. 71.).

30 Parece obstar contra lo antecedente la especie de que pidiendose á el detentador la cosa por su dueño, si estos se transigieren por algun interese, y el segundo la dimita en el primero, ni pasa el dominio á este, ni aunque aquel solo tubiese la posesion, se le transfiera la condicion de usucapir. Pero es de advertir, que la doctrina del §. 28. tiene lugar únicamente quando interviene título translativo de dominio, de cuya qualidad no es la transaccion, porque ésta solo produce excepcion contra el tal dueño en el caso de que éste intente nueva pretension de reivindicacion (eod. n. 71. vers. *Sed attende.*): consiguiente á lo qual el referido detentador, como que ni adquiere dominio *ni quasi* en los casos apuntados respectivamente, carece de los efectos emanantes de estos derechos, como de reivindicacion, accion publiciana (eod. n. 71. vers. *Ex qua subtili.*), prescripcion &c. (n. 72.). Siendo excepcion de lo antecedente quando el dueño ó poseedor que dimitte *ex causa transationis*, haga tambien expresa renuncia y cesion del derecho que en la cosa tenia (eod. n. vers. *Quarto infero*): ó execute la dimision, no por transaccion, sino porque el tenedor de aquella le satisfaga el interese del pleito; por quanto esto en substancia viene á ser un título de compra, el qual es translativo de dominio ó quasi (eod. n. vers. *Quinto infero.*) Con advertencia, que el tal dimitente ú otro qualquiera, quando falta la circunstancia de causa ó título, no queda obli-

gado á la revicción, y saneamiento de la cosa dimi-
tida, si á su tenedor se la reivindicare un tercero,
por ser su verdadero dueño (n. 73.). y *banobov ob*

31 El séptimo modo ficto de adquirir posesion
consiste en poner á la cosa alguna persona que la
custodie (n. 74.); y esto aunque los contrayentes
no estén presentes á el tiempo del contrato (n. 75.).
Bien entendido, que este caso se diferencia de
el en que se nombra apoderado para tomar pose-
sion de qualquiera cosa: Primero: en que en aquel
caso no es necesario se acredite el mandato, como
lo es en éste: Segundo: en que el mandatario ha
de tener animo y voluntad de adquirir, y el guar-
dador solo de custodiar: Tercero: en que aquel de-
be aprehender la cosa naturalmente, y en éste bas-
ta la presencia y proximidad á ella (cod. n. 75. vers.
Nec obstat si subtiliter.).

32 El octavo se verifica quando el comprador,
donatario ú otro adquirente señala la cosa que se
le vende, dona &c.; como regularmente se hace
con el ganado lanar, cabrio, bacuno, de cerda y
otros animales, con el fin de que esta señal sea la
divisa para conocer su dueño (n. 76.): bien que no
es prueba plena y concluyente de dominio, y si
solo un vehemente indicio; excepto quando la se-
ñal sea propia y peculiar de algun Soberano, y
por lo mismo sea prohibido su uso á otro qualquier
particular (n. 77.). Con advertencia, que qualquier
perito sobresaliente y singular en algun arte pue-
de prohibir á otro el uso de la misma señal que aquel
pone á las cosas que fabrica; porque de lo contra-
rio se verificaria decadencia de su crédito, y de
consiguiente perjuicio en sus intereses (cod. n. vers.

Dicit etiam Platea.)

33 El nono acto ficto es por la clausula de constituto, quando el que enagena se constituye por tenedor y poseedor de la cosa á nombre del adquirente, en cuyo caso pasará éste la posesion que aquel tenía, bien sea la civil y natural juntamente, ó bien sola una de estas; la primera hallandose ausente de la cosa, y la segunda siendo v. g. usufructuario de ella: pero en uno y otro caso ha de intervenir título hábil y translativo de dominio (n. 78. y 79. l. 9. tit. 30. part. 3.). Y aunque parece que en ausencia no puede transferirse posesion por la clausula de constituto, á causa de no intervenir de parte del adquirente acto alguno corpóreo ó ficto que en su lugar se subroge; sin embargo lo contrario es sostenible, porque al acto en cuya virtud el constituyente habia adquirido la posesion de la cosa presta su fuerza, vigor y substancia á el que de nuevo interviene ahora (n. 80.): y esto aunque el primero hubiese sido ficto: v. g. por recepcion del instrumento, conduccion, vista constituto &c. (n. 81.). Procediendo la translacion de posesion por este último modo, aun en el caso de que el constituyente la tubiese por medio de otra persona, como inquilino, arrendatario, y otras semejantes (eod. n. 81. vers. *Primo similiter.*): ó sola la comodidad de la posesion, y no esta misma: v. g. porque hubiese opignorado á el acreedor sus bienes, constituyendose á nombre de éste por su tenedor y poseedor; pues sin embargo de esto si el tal deudor los vendi ó enagene á otra persona, y á nombre de esta misma formalice nuevo constituto, le transfiere la posesion de ello (eod. n. 2. vers. *Similiter.*).

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

de luego de ella, y sí con respecto á la aprobacion que despues hubiese de practicar el adquirente; de suerte, que faltando esta circunstancia, cesa aquella voluntad (eod. n. vers. *Sed attende.*).

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

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

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

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

(Z) *Vid. Dom. Salg. de protect. p. 4. c. 8. à n. 116.*

vers. *Sed his non statibus.*.)

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

39 La preferencia que tiene el primer comprador y poseedor de la cosa, aunque sea por modo ficto, respecto del segundo, no tiene lugar quando la venta primera fue absolutamente condicional, y antes de purificarse el segundo comprador tomare posesion aun por acto ficto; pues entonces éste debe preferirse en la adquisicion de la alhaja; porque aunque es verdad que purificada la condicion se estima puro el contrato, mediante á que se retrotrahe

he á el tiempo de su celebracion , sin embargo , como para esto se necesita la habilidad en los dos extremos : *ad quod* , que es la sazón del contrato , y *à quo* , que es el tiempo en que existe la condicion ; cuya última circunstancia falta en nuestro caso , por no poseer entonces el vendedor ; es repugnante que éste transfiera en el primer comprador posesion que no tiene (n. 93.) : y así quedará excluido de dicha adquisicion ; excepto si aunque el contrato fuese condicional , el constituto fuese puro y de presente : v. g. expresando el vendedor , que desde luego para quando llegase el caso se constituya á nombre del citado comprador condicional por tenedor y poseedor de la alhaja enagenada , ó éste último aprehendiese realmente su posesion (cod. n. vers. *Advertendum tamen.*).

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

41 La incertidumbre vicia la adquisicion de posesion , bien se verifique de quota , y situacion de la cosa : v. g. si uno vende lo que tiene en este ó otro pueblo , pues ni se sabe quanto es , ni menos el sitio en que se halla ; bien de uno de dichos particulares solamente con noticia del otro : ó ya aunque el que enagena esté cierto de los dos , el ad-

qui-

quirente los ignore, por quanto en todos estos casos se advierte defecto de ánimo y voluntad para adquirir posesion en el mismo que trata de adquirirla (n. 96.).

42 La posesion de una cosa se puede adquirir por muchos títulos, no solo concurriendo estos desde luego, como sucede entregandose aquella á el acreedor á quien se le debia por varias causas, sino tambien uno despues de otro: v. g. si Antonio compró á Juan alguna alhaja de que éste no era dueño, y despues de hecha su entrega la volviese á recibir en nueva venta de otro distinto, que tampoco tubiese dominio, y tomare segunda vez posesion en aquella; es visto haberla adquirido por los dos títulos de compra, que respecto de los dos vendedores se han verificado; para lo qual ninguno de estos ha de ser dueño de la cosa: no el primero, porque siendo transfere en el comprador el dominio de ella, y por lo mismo hallandose ya éste con pleno derecho, fuera extraño hubiese de adquirir nueva posesion: y no el segundo, mediante á que estando por esta última compra con absoluta pertenencia de la alhaja, dexa de poseer en virtud de la primera, como menos plena y perfecta (n. 97. A). Produciendo la posesion adquirida por muchas causas el efecto de prescribir en virtud de una de ellas, aunque respecto de otra se constituya de mala fe el adquirente: tambien el de quedarle á éste la accion publiciana en el caso de haber perdido la instancia intentada por solo uno de dichos títulos: igualmente

(A) Vid. Giurb. observ. 116. n. 38. vers. Verum Gare. de nobilit. gloss. 12. à n. 83.

te el de conservar los remedios posesorios, aunque esté excluido de proponerlos por otra alguna causa de las expresadas (cod. n. vers. *Et si quieras.*).

43 Aunque el dominio, como que es un derecho plenísimo sobre la cosa, no puede adquirirse por muchos títulos, de suerte, que el que ya se tiene en aquella por alguno de estos no puede admitir mas perfeccion por otro diferente, atendida la regla *Quod meum est, amplius meum fieri nequit* (n. 98.): sin embargo cesa la propuesta doctrina quando la multiplicidad de causas concurren á un mismo tiempo antes de adquirirse el dominio de la cosa: v. g. en el caso de que se entregase ésta á el acreedor, como debida por diferentes títulos. Lo mismo sucede si la causa que de nuevo se verifica trae origen de la antecedente; v. g. si el heredero antes de purificarse la condicion con la qual se habia dexado el legado, lo venciere ó donare á el legatario, el qual llegando el evento de aquella adquiere la manda por título de legado, y dexa el dominio que en la misma tenia por concepto de compra ó donacion, como que esté título es menos principal y derivado del otro, que es mas robusto (cod. n. vers. *Advertendum tamen.*).

44 Una misma posesion no puede residir en muchos *in solidum* sobre una propia cosa, ya sea la natural solamente, ya la civil, ó ya ambas juntamente; porque de lo contrario se verificarian efectos incompatibles recíprocamente en los poseedores, como de prescripcion, percepcion de frutos &c. (n. 96. B). Mas siendo las posesiones distintas, bien

pueden verificarse en diversas personas, aunque sea respecto de una misma cosa: como se advierte en el usufructuario, usuario, emphyteuta, feudatario, superficiario, conductor por largo tiempo, y demás, que tienen posesion natural en la cosa que respectivamente disfrutan, quedando la civil en el propietario, dueño directo &c. (n. 100.). Lo mismo se advierte en el que recibe en precario alguna cosa, por poseerla naturalmente, y quedar en el dueño la posesion civil: sin que obste que el comodatario carece de aquel derecho, sin embargo de asemejarse á el que recibe en precario; por quanto como éste se concede sin tiempo ni modo, lo qual no es así en el comodatario, se considera en aquel mayor facultad y amplitud para el uso de la alhaja; á que coadyuvava, que la concesion precaria en duda se presume perpetua (eod. n. vers. *Item etiam ille qui precario.*). Bien entendido, que sin embargo de sujetarse esta á la voluntad del concedente, carece de facultad para revocarla sin causa, é intempestivamente, no dexando intervalo alguno, en que se use de la cosa, á cuyo fin tiene el que la recibe en precario la excepcion *doli*, para resistir la pronta devolucion que de ella solicita su dueño (eod. n. et. eod. vers. *Item etiam.*). Tambien se verifica la posibilidad de poseerse por muchos una misma cosa en distinto modo en el caso de que alguno se ausente de ellas; porque entonces éste la posee civilmente, y el que la ocupa naturalmente. Con advertencia, que una misma posesion no es repugnante resida en muchos por concepto diferente: v. g. el usufructuario y usuario de alhaja idéntica: ambos la poseen naturalmente, pero el primero por razon de usufructo, y el segundo por

por la de uso (eod. n. vers. *Item etiam possessor.*).

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

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

47 Tambien finaliza la posesion civil en el caso de que la ausencia del poseedor sea por mucho tiempo, respecto á presumirse olvidado de ella, excepto si hubiese protestado lo contrario: quedando á el prudente arbitrio judicial, segun las circunstancias de la persona, cosa y lugar medir la brevedad ó diuturnidad de la ausencia para el expresado fin.

(C) Hermosill. *in leg. 7. glos. 2. tit. 4. p. 5. n. 36.*

cod. n. vers, *Quarto modo*. D). Bien entendido , que tambien pierde una y otra posesion el poseedor presente si con ciencia y paciencia suya ocupare alguno la cosa por año y dia con titulo y buena fe, sin que le quede otro recurso á el primero que el de la propiedad (cod. n. vers. *Intelige tamen*. l. 3. tit. 15. lib. 4. Recopil. (Sin que pueda omitirse, que la posesion se pierde tambien por muerte del que la tenia, como que le falta voluntad para su retencion, y por lo mismo no pasa á los herederos como el dominio ; cuya razon de deferencia consiste en que, la posesion se pierde *solo animo* ; pero el dominio requiere además la intervencion de título , por lo qual continúa en los herederos (n. 103.).

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

49 Reteniendose por el ausente la posesion civil de la cosa, no puede percibirla su ocupador,

O

me-

(D) *Vid. Cevall. comm. p. 98. Garc. do nob glos 12. n. 22.*

mediante á que solo tiene la natural y carece de consiguiente de la civil, que es la que causa la prescripcion (n. 105.); y producé el derecho de percibir los frutos, el qual no lo tiene el poseedor natural, aunque lo sea con título y buena fe, sino que hubiese voluntad y consentimiento del que retubiera la posesion civil; como se advierte en el usufrutuuario, conductor, inquilino, y en el que recibe en precario la cosa fructuante (n. 106.).

50 La posesion natural residiendo sin la civil, como sucede en el usufrutuuario, se retiene en ausencia en los mismos casos que la segunda; y esto aunque la primera sea injusta, qual es la que adquiere el ocupador de cosa cuyo legitimo poseedor está ausente (n. 107.): pero hallandose la natural consolidada con la civil, se retiene ésta, y se pierde aquella ausentandose de la cosa el que ambas tenia. Consistiendo la razon de diferencia de un caso á otro, en que la retencion de posesion por solo el ánimo es causada de la ficcion legal, mediante la qual se conceptúa el dicho ausente estar á presencia de la cosa: cuyas ficciones se inducen solamente habiendo causa y necesidad para ello; y como ésta cesa quando teniendose ambas posesiones, se retiene la civil, como que produce los mismos efectos que junta con la natural se hace superflua en este último caso la conservacion de ella: y así verificandose defecto de motivo, es estraña respecto de la misma la propuesta ficcion; mas no quando la posesion natural se encuentra de por sí mediante á que de cesar su retencion no quedaba esugio alguno á el poseedor (eod. n. vers. *Sed est subtilis.*).

51 Por lo respectivo á las cosas muebles ó se-
mo-

movientes se retiene su posesion civil y natural teniendolas asidas, ó hallandose estas á la vista del poseedor; y si asi no se verificare, mas estén baxo la custodia de éste, de suerte que le sea facultativo executar su natural aprehension, ó ponerlas á su presencia, entonces pierde la posesion natural con retencion de la civil. Para lo qual puede servir de exemplo el caso en que se tenga ganado mular, yeguar ó cerril pastando en alguna dehesa baxo la direcion y custodia de los mozos á dicho fin destinados, pues aqui solo conserva su dueño la posesion civil. Mas si la cosa se hallare sin la circunstancia de custodia, ó porque se haya perdido, ó huido en términos que su recuperacion no sea arbitraria y potestativa á el que la tenia, entonces se pierde ambas posesiones por defecto de ánimo; como tambien quando el poseedor se ausentare. Y aunque no sucede esto último en las cosas inmuebles, consiste la diferencia en que las muebles se pueden esconder facilmente, y por lo mismo desapareciendose, se conceptúa desconfianza en su dueño para volver á poseerlas; lo qual por el contrario se advierte en las inmuebles que por su naturaleza son inocultables (n. 108.). Con advertencia, que aunque se le huya á el dueño algun esclavo, como no sea por otro aprehendido, retiene el primero la posesion civil que sobre el segundo tenia, sin embargo de ser cosa semoviente: pues de lo contrario sería adbitrario á los esclavos privar á sus señores de la expuesta posesion (cod. n. vers. *Ex qua*, l. pen. tit. 32. p. 3.).

52 La posesion se retiene en ausencia por medio de Procurador, Tutor, conductor y otras personas

de semejante qualidad, aunque estas dexen de insistir en la cosa; por que como ellas mismas retienen su respectiva detentacion, es visto que en su virtud el verdadero poseedor conserva su posesion: y por lo mismo aunque v. g. el conductor subarrienda la cosa locada á un tercero, no dexa de verificarse la expresada retencion de posesion, por mas que el subarrendatario la tenga á nombre del que le subarrendó, y no del legítimo poseedor: debiendo suceder lo propio aunque el principal detentador se constituya furioso, ó muriese (n. 109). ó hubiere desamparado la cosa con ánimo de no volver á ella, ó la entregare á otro de su propia volurad, ó sea expelido por fuerza de su detentacion (cod. n. vers. *Adde tamen*, in fin. verb. *Quid autem hodie reperiatur*. l. 13 tit. 3. p. 3. (. Sin que sea de omirir, que la ausencia que hagan de la cosa el citado apoderado, tutor, conductor &c., no obsta para que por su dueño se conserven ambas posesiones en el caso que aquellos se ausenten sin animo de desamparar la cosa; porque si con él lo executarea, se pierde por lo menos la natural. Y aunque para la adquisicion de ésta es indispensable se verifique acto corpóreo, verdadero ó ficto, y por lo Mismo parecia ser necesario igualmente para su pérdida; no obstante basta pera esto último el defecto de ánimo, respecto á que solo se versa perjuicio del mismo poseedor, y en adquirir se le sigue á tercero (cod. n. vers. *Adde tamen*. (.

53 La posesion civil y naturar, ó qualquiera de ellas se pierde por solo el ánimo y voluntad de no poseer, aunque actualmente se insista en la cosa; lo qual cesa quando en el poseedor se verificare el

mis-

mismo defecto de ánimo para adquirir posesion, como se advierte en el furioso, en quien ni se encuentra voluntad para esto, ni capacidad para aquello: y así á exemplo de otros derechos que conserva, retiene igualmente la posesion que ya tubiese, sin embargo de la adueniencia del furor. Lo propio se dirá por la misma razon del que está dormido, quien careciendo de sentido tampoco tiene voluntad de poseer (cod. n. vers. *Sexta conclusio.*)

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

55 La ley Positiva puede justamente preceptuar, no solo en este ó esotro caso particular, si tambien generalmente que la posesion pase sin acto alguno de ella verdadero ó ficto: y así lo dispuso nuestra ley 45. en el caso que muera el poseedor del mayorazgo, en favor del sucesor inmediato, á quien se transfiere la posesion de los bienes de su dotacion sin otro acto de aprehension (111. E). Y aunque la adquisicion de posesion proviene de derecho natural, habiendo éste inducido para ella el acto de aprehension; lo cierto es que esta disposicion no fue preceptiva, sino permisiva, y por lo mismo se puede en un todo alterar por derecho po-

O 3

sí

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

sitivo (cod. n. III. vers. *Unde in hoc singulari*, in fin.). Bien entendido, que la posesion que muerto el tenedor del mayorazgo, pasa á el siguiente sucesor, aunque se llamó *civilissima* por crearla la ley sin mediacion de acto alguno verdadero ó ficto, ni es nueva especie de posesion, y distinta de las demás, ni dexa de ser tan verdadera como estas, produciendo los mismos efectos que si fuese adquirida por aquellos actos (cod. n. vers. *Circa cujus*; et *in tantum est verum.*); y de consiguiente la disposicion de nuestra ley tiene lugar tanto en las cosas muebles como en las inmuebles (cod. n. vers. *Præterea et secundo.*).

56 La posesion que se transfiere en el siguiente sucesor, segun nuestra ley, no solo es civil, si tambien natural; y esto aunque el referido se halle ausente de los bienes pertenecientes á el mayorazgo: por quanto siendo la posesion de derecho, y no de hecho, justamente pudo la ley positiva disponer la expresada translacion: de que se deduce ser especial en este caso, que el sucesor retenga en ausencia ambas posesiones juntamente; bien que si habiendose ya verificado posesion real y actual en los citados bienes de parte de aquel, se ausentare de ellos, perderá sin duda la natural (cod. n. vers. *Uterius etiam et tertio.*).

57 Esta translacion de posesion inducida por nuestra ley 45. procede aunque el siguiente sucesor se halle ausente é ignorante (cod. n. vers. *Quarto in tantum.*): ó en vida, ó por muerte del último poseedor estén ocupados los bienes vinculados, ó le sean entregados por aquel á otra persona (cod. n. vers. *Præterea et sexto.*). Con advertencia,

cia, que el referido sucesor para entablar el remedio que le compete en virtud de esta dicha ley 45. ha de justificar su llamamiento y capacidad (cod. n. dict. vers. *Quarto in tantum*, in addic. verb. *Sed contrariam sententiam.*).

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

59 La ley puede preceptuar se transfiera la posesion sin acto alguno de aprehension, no solo en el heredero ó sucesor, si tambien en la misma herencia yacente: como se verifica en quanto á los efectos en el singular caso de que el difunto estubiese poseyendo alguna cosa con titulo y buena fe, y faltase algun tiempo para la Prescripcion de ella: pues entonces á fin de evitar interrupciones, que de lo contrario se verificarian frequentemente, y castigar el descuido de sus dueños, induxo la ley, que dicha herencia pudiera completar el intervalo que faltase (n. 113.) En inteligencia, que la posesion que el sucesor de mayorazgo empieza á tener por ministerio de nuestra ley 45, no es la misma que el

último poseedor tenia , sino realmente distinta ; y aunque el texto pone la expresion *se transpase*, cuyas palabras denotan identidad , lo cierto es que el fin de la citada Real disposicion no nos explicó este punto en la forma opetecida , y en duda se ha de considerar nueva posesion , por conformarse este concepto con las reglas legales que asi lo previenen en todos los casos , como se advierte en el de que qualquier heredero aprehenda los bienes hereditarios , ó el contrayente la cosa que adquiere por venta , donacion &c. ; cuyas posesiones no son las mismas que antes tenian sus respectivos dueños: con lo que concurre , que la misma ley 45. dispone la nominada translacion , aunque el difunto poseedor hubiese entregado la posesion de los bienes del mayorazgo á otra alguna persona ; y en este caso no puede dudarse que aquel carecia de posesion : y asi es visto no haber alguna que transferirse en el siguiente llamado , y que nuestra ley considera en éste nueva y distinta posesion (n. 114.)

De que se infiere , deberse satisfacer en este caso á el Monarca la correspondiente gabela , si por la ley ó estatuto estubiese mandado pagarla de nuevas adquisiciones de dominio ó posesion (eod. n. vers. *Sed his non obstantibus* , in addiction. lit. T. verb. *Ex quo potest.*).

60 Luego que el sucesor del mayorazgo toma posesion real corporal de sus bienes , se reviste con ésta , y queda suprimida la civilisima que tenia transferida por ministerio de nuestra ley 45. : porque aquella es mas plena y perfecta , como se advierte en otros casos en que se verifica semejante concurrencia de causas (n. 115.). De que se deduce, que si el

el tal sucesor hiciere larga ausencia de los bienes amayorazgados despues de su corporal aprehension, que queda en la esfera de otro qualquier poseedor, pierde la posesion civil que tenia en ellos (cod. n. vers. *Ex qua setentia.*). Siendo digno de notar, que la disposicion de nuestra ley 45. es extensiva á otros qualesquier bienes vinculados y sujetos á restitucion (n. 116. in addict. verb. *Sed contrarium est receptius.*): debiendo pasar *ipso jure* la posesion de los mismos á el citado sucesor, aunque éste sea el primero despues del instituidor, *máxime* si el mayorazgo fuese irrevocable; por quauto en todo evento se verica la razon y el fin de la ley Real, que fue evitar la contingencia de desunion en los bienes vinculados por defecto de posesion, para que siempre vayan de uno en otro unidos é incorporados (n. 117.).

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

(F) *Addent. ad Molin. lib. 3. c. 13. n. 3.*

(G) *L. 3. tit. 13. lib. 4. Recopil.*

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

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

63 Le es mas facil y seguro á el sucesor del mayorazgo intentar el interdicto *retinenda*, llamado *uti possidetis*, contra el que muerto el último poseedor se hallare ocupando los bienes de su dotacion, que no el *adipiscenda*, que es el *quorum bonorum*: por quanto el primero compete aun contra el detentador que tubiese titulo: y asi no le obsta esta excepcion, ni tampoco la de dominio en el

ca

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

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

65 Si muerto el poseedor del mayorazgo hubie-

biere dos ó mas interesados que preténdan cada uno respecto de sí la actual posesion de los bienes, de suerte que se tema alguna riña entre aquellos; entonces debe el Juez de oficio, ó á instancia de parte, ponerlos en sequestro y administracion en poder de un tercero; lo qual cesa si alguno de dichos pretendientes estubiese ya en la corporal posesion de los referidos bienes, á quien por lo mismo se le deberá defender y amparar en ella contra la invasion de los demás (n. 125.).

66. Habiendose intentado por muchos que juzgan tener derecho á el mayorazgo, el remedio *uti possidetis*, solicitando reciprocamente la posesion real, actual, corporal, *vel quasi* de los bienes de su dotacion, en el interin que esta instancia se ventila plenariamente podrá el Juez de oficio, ó á instancia de parte admitir prueba á los interesados sumariamente, y aposeionar á el que mejor derecho hiciere ver sin perjuicio del que despues manifestaren en el juicio posesorio plenario, á cuyo fin se les reserva cuyo juicio interino llaman los prácticos *Sumarissimo del interin*. Con advertencia, que aunque por derecho antiguo de España se debía litigar la tenuta en el Real y Supremo Consejo y fenecerse dentro de 50. dias, y en grado de suplicacion en 40., remitiendose el conocimiento sobre la posesion á las Chancillerias, como que aquel intento conspiraba á una sola detentacion y nuda tenencia de los bienes amayorazgados; hoy atendida la ley recopilada 10. tit. 7. lib. 5., solo se hace la expresada remision para en quanto á la propiedad, porque en la tenuta se trata de verdadera posesion (n. 126.).

67. Los interdictos substancialmente son tres: *ad-*
pis

piscenda, rettinenda, y recuperanda. El primero fue instituido para lograr en la cosa la posesion que nunca ha tenido el que lo intenta. Comprehen- de baxo de sí tres especies: *Quorum bonorum: quo- rum legatorum, et salvianum* (n. 127.): el primero de estos compete á el heredero legítimo, ó testa- mentario, de toda ó parte de la herencia á fin de conseguir la posesion de los bienes de ella (pues no se le transfiere segun queda sentado), á consecuen- cia del dominio, que *ipso jure*, y por solo el título de herencia pasa á el mismo succesor universal: de forma que no pueden intentar este interdicto *quorum bonorum* el comprador de todo un patrimonio ó he- rencia, ni otro alguno que por solo el título no con- siga el dominio de los bienes sin tradicion (n. 128. et vers. *Item adde.*).

68. Compete el expuesto remedio contra qual- quier poseedor ó tentador de los bienes heredita- rios (eod. n. vers. *Item datur.*): excepto si lo sea con título, en cuyo caso se procederá contra él por ac- cion reivindicatoria, ú otro recurso (eod. n. vers. *Item adde quod ita demum.*). Extendiendose única- mente el expuesto interdicto á los bienes que el difunto tenia y poseía á el tiempo de su fallecimiento, cuyo particular lo ha de acreditar desde luego el heredero, como que es fundamento de su intencion (eod. n. vers. *Item adde quod istum interdictum.*); y por lo mismo no puede proponerlo contra los deudores hereditarios obligados personalmente, porque el difunto acreedor no tenia posesion alguna sobre el adeudo (n. 129.): como tampoco si los bienes estuviesen vacantes, y no en poder de algun tercero, pues en este caso falta la circunstancia de reo á quien reconvenir, y
con

con quien se exercite la accion posesoria (n. 128, XXXI.); lo mismo si el heredero hubiese tomado posesion de los citados bienes (n. 128. vers. *Item adde quod postquam semel.*). Siendo digno de advertir, que la excepcion de dominio, ofreciendose incontinente su prueba, obsta á el que propone el interdicto *adipiscendæ*: excepto en el caso de concederse á éste, en pena del excepcionante por razon de algun delito que hubiese cometido (n. 129. vers. *Item adde.*).

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

70 El remedio de la ley fin. *C. de edict. Div. Adrian. tollend.* con que concuerda la ley 2. tit. 14. de la partida 6., se reduce á que compareciendo el heredero ante el Juez haciendo presentacion del testamento en que se halla instituido, sin vicio alguno exterior y visible, como de cancelacion, rotura, borron, ó rascadura en parte alguna substancial; debe ser aposeionado en todos los bienes que el Testador poseía ó detentaban á el tiempo de su muerte (n.

XXXI. Bien es verdad que entonces podrá usarse del remedio de la ley fin. *C. de edict. Div. Adien. toll.* siempre que concurren las qualidades aperecidas en ella.

(n. 134.): bien sea el testamento cerrado, ó bien abierto, como esté reducido á Escritura pública, y aunque fuese verbal se intentara tambien el propuesto remedio, siempre que los testigos fuesen examinados del tenor de la disposicion y sus declaraciones puestas en forma solemne (n. 135.).

71 Para que el heredero pueda proponer el remedio de dicha ley final, lo ha de ser del todo ó parte de la herencia, como queda dicho del interdicto *quorum bonorum*; mas no si estubiese instituido en cosa cierta, y tubiese coheredero que ada la herencia, por considerarse entonces en la clase de legatario; sin que en el interin que aquel la acepta ó repudia pueda éste intentar el propuesto remedio posesorio (n. 136.) Siendo digno de notar, que el testamento no trae por sí solo aparejada execucion contra el heredero por las mandas, fideicomisos, y demás deudas testamentarias (n. 137. XXXII.).

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

73 Asimismo compete á el subtituto vulgar ó

XXXII. Lo contrario sienta el Autor de la Curia Philip,
2. p. 5. 7. n. 4.

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

74 También podrá usar del remedio de la citada ley final qualquier heredero transmisario , presentando el testamento en que el principal estaba instituido , y haciendo ver haberse verificado el caso de la transmision (n. 140.). Lo mismo aquel á quien pertenecen los bienes por derecho de acrecer , justificando la muerte repudiacion , ú otro impedimento de los otros instituidos (n. 141.). Igualmente el padre por el hijo , y el Señor por el esclavo (n. 142.), Y últimamente el hijo de cuyo parto hubiese muerto la madre , con sola la presentacion del testamento que ésta tubiese hecho instituyendo á los otros hijos , mediante á contemplarse aquel tambien instituido , pues se presume que la madre la hubiera hecho expresamente á no haberle acaecido el propuesto infortunio (n. 143.).

75 Para que á el heredero se le dé la posesion de los bienes ereditarios en virtud del remedio de la expresada ley , final , ha de hacer ver por su juramento á lo menos , que el Testador es muerto sin necesitar de prueba alguna de la identidad de persona de aquel interesado ; porque el hecho de tener en su poder el testamento sin duda lo esta manifestando (n. 144.): tambien se ha de verificar , que

este instrumento no contenga vicio extrínseco y visible de su primera inspeccion; como de rascadura, borron, ó rotura en parte alguna substancial; de forma, que si se pusiere por algun contradictor particulares respectivos á lo intrínseco del testamento, como de ser falso, contener pretericion, ú otros semejantes, no pueden impedir la posesion que el heredero solicita, pues requieren mayor conocimiento en un juicio plenario, de cuya naturaleza no es el del remedio de dicha ley final, y si breve y sumario; excepto si el contradictor se ofrezca incontinenti á probarlos (n. 145.), se halle al mismo tiempo en la posesion ó detentacion de los bienes hereditarios, y la excepcion sea de dominio, y no de otra qualidad; porque entonces se impide á el heredero la dicha posesion (cod. n. vers. *Advertendum tamen.* XXXIII.).

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

77 La posesion que concurriendo las relacionadas circunstancias franquean á el heredero las citadas leyes fin. *C. de edict. Div. Adrian. tollend.* y 2. tit. 14. p. 6. se debe suspender, y aun si ya se hubiese da-

P

da-

(I) L. 13. tit. 25. lib. 4. *Recopil.*

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

dado revocar, siempre que se presente legítimo con-
 tradictor. Los de esta clase son: Primero: el que
 posee en la actualidad, é igualmente poseía á el tiem-
 po que murió el Testador los bienes cuya posesion
 se solicita por el heredero; y por lo mismo la mu-
 ger puede impedir el expresado intento en quanto á
 la mitad del caudal que le corresponde por ganancia-
 les (n. 147. vers. *In quo comprehendas*; K): Segundo:
 el que en virtud de título obtenido del mismo Testador
 tubiese ocupada la cosa aun despues de su muerte
 (eod. n. vers. *Secundo erit.*): Tercero; el que hubiese
 executado la propia ocupacion en virtud de título
 translativo de dominio, obtenido ya muerto el Testa-
 dor, de algun tercero; y esto aunque el heredero hu-
 biese tenido en su poder los bienes hereditarios; me-
 diante á que el remedio concedido por dichas leyes
 termina á conseguir posesion que jamás se ha tenido
 (eod. n. vers. *Tertio erit.*): Quarto: el hijo preterido,
 ó injustamente desheredado, ú otro qualquiera que
 aunque excepcione defecto intrínseco, sea éste noto-
 rio, ó su prueba se ofrezca desde luego (eod. n.
 vers. *Quarto erit.*, L): Quinto; el que manifieste tes-
 tamento posterior en que se halle instituido, por ser
 derogatorios de los anteriores (eod. n. 147 v. *Quin-
 to erit.*) Bien entendido, que verificandose haber dos
 testamentos hechos en un mismo dia; sin que en ma-
 nera alguna conste qual de los dos se otorgó pri-
 meramente, ni aun por el protocolo del Escribano,
 entonces ambos herederos deben ser aposeñados
 por mitad en los bienes hereditarios (n. 149. vers.

(K) *Cur. Philip. 2. p. §. 27. n. 9.*

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

Advertendum tamen. l. 3. tit. 14. p. 6.

78 No es legítimo contradictor aquel que aunque guarecido de título translativo de dominio obtenido de algun tercero no hubiese tomado posesion de la cosa y esta la tubiese ó detentase el Testador á el tiempo de su muerte; porque al primero solo asiste una accion personal contra aquel de quien adquirió solo en propiedad los bienes cuya posesion se controvierte. La propia ilegitimidad tiene el tal contradictor, aunque el mencionado título de adquisicion lo hubiese obtenido del mismo difunto: de suerte que á el heredero no se le impedirá en ambos casos la posesion que pretenda, por mas que el opositor quiera acreditar su dominio. Y aunque á este contradictor compete accion el segundo contra el heredero para la restitucion de los bienes que adquirió del propio Testador; como quiera que en el interin que este punto se litiga, debe el citado heredero estar en la posesion, no puede estorvar la solicitud que esté haga para tomarla, el pretexto de dominio y adquisicion propuesto por el contradictor (n. 150.).

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

80 Las diferencias substanciales que se advierten entre el interdicto *adipiscende, quorum bonorum,*

y el de la ley final son: Primera: que aquel no tiene ejercicio, sino es estando los bienes hereditarios poseidos ó detentados por algun tercero, pues los interdictos necesitan contrario para ventilarse; y éste puede intentarse aunque aquellos estén vacantes: Segunda: que el primero se ventila plenariamente, y el segundo sin figura ni estrépito de juicio, poniendose en execucion con sola la presentacion del testamento: Tercera y última: que el remedio de la ley final no tiene entrada advirtiendose borron, rotura ó otro defecto visible en la disposicion testamentaria: mas el interdicto *quorum bonorum* se intenta sin embargo de estos vicios exteriores, cuya legitimidad, examinada se confiere á el heredero la posesion de los bienes de la herencia (n. 152. XXXIV).

81 Para conseguir los herederos, bien lo sean *ex testamento*, bien *ab intestato*, los bienes de la herencia poseidos ó detentados en todo ó en parte por qual-

XXXIV Aunque los herederos *ab intestato* tienen el interdicto *quorum bonorum* para solicitar la posesion de los bienes hereditarios, carecian de remedio alguno para lograr en el propio caso de intestado los efectos mas pronto y favorables que producen las expresadas leyes fin. C. de dict. Div. Adrian. tollend. y 2. tit. 14. p. 6., pues estas solo tienen lugar habiendo testamento. Y para ocurrir de remedio á este inconveniente se estableció la ley 3. tit. 13. lib. 4. de la Recopil. llamada *de Soria*, reducida en substancia su disposicion á conceder tanto á los herederos testamentarios, como á los *ab intestato* las mismas franquicias que á los primeros permiten las citadas leyes fin. y su concordancia de partida: *Gutierr. in reser. §. Sui, instituta de hered. qualit. et differ. à n. 74.*

qualquier otra persona). tienen tambien la accion *petitionis hereditatis* despues de la adiccion : bien que siempre se verifica esta circunstancia , porque el hecho de solicitar los prenotados bienes manifiesta el ánimo y voluntad de heredarlos (nn. 154. y 155.). Bien entendido , que este intento lo debe deducir los dichos herederos contra el poseedor con respecto á las quotas que les corespondan á cada uno (eod. n. 155.), y solo sobre bienes que el difunto poseyese ó detentase á el tiempo de su muerte ; pues no siendo asi , les queda únicamente el refugio de la accion reivindicatoria , publiciana ú otra que aquel de cuya sucesion se trata , pudiera haber propuesto (nn. 56. y 57.).

82. La accion *petitionis hereditatis* no se puede intentar contra el que posea en virtud de título translativo de dominio , como de venta , donacion &c., bien sea obtenido en vida del difunto , ó bien despues de su muerte ; porque este poseedor se halla guarecido de dos circunstancias ; posesion , y título , y en el heredero solo concurre la segunda (n. 158. y 163.). Cuyo inconveniente puede evitarse con la cautela de acumular á la accion *petitionis hereditatis* la reivindicatoria , pretendiendo el heredero se le declare por tal , y á mayor abundamiento por dueño de los citados bienes (n. 158.) : y asi haciendose ver el dominio en el progreso de la instancia , obtendrá sin duda en ella ; porque aunque la acumulacion de acciones se prohíbe quando ambas nacen de una misma causa , no es asi en el caso de provenir de diversas como en el presente (n. 159. XXXV.).

P3

De*

XXXV. Concurre tambien la refleccion de que la accion
pe-

83 Debiendose intentar la acción *petitionis hereditatis* contra el que tenga los bienes sin título translativo de dominio; se deduce, que el depositario, comodatario y otros de esta qualidad pueden ser reconvenidos por la propuesta acción (n. 160.) y que la misma tiene lugar propiamente contra el que posee *pro possessore*; esto es, sin mas causa que la posesion; ó contra el que posee los bienes en concepto de heredero de algun tercero que los hubiese poseido, no siendolo en realidad (n. 161.); de forma, que verificandose haber el reconvenido heredado verdaderamente los bienes que se pierden de alguno que los haya tenido aun sin título translativo de dominio, no compete contra él la petición de herencia; porque el título *pro herede* que aqui se verifica es verdadero y suficiente para que hecha la adición se transfiera el dominio de los bienes hereditarios; se puedan prescribir, y se logren otros muchos efectos que pudiera producir otro qualquier título hábil, como de venta, donacion &c. (n. 162.). Bien entendido, que si el verdadero heredero poseyere todos los bienes, podrá ser reconvenido con la petición de herencia, por serle difícil á el que la intente deducir sobre la restitucion de cada uno de ellos la respectiva acción reivindicatoria, con motivo de las muchas causas de dominio que era de su cargo justificar (cod. n. vers. *Attende tamen.*). Lo qual cesa si el mencionado poseedor fuese hijo;

petitionis hereditatis, y reivindicatoria, no son contrarias sino diversas una de otra, cuya acumulacion en un mismo libelo se halla permitida. *Cur. Philip. 1. p. §. 2. n. 8.*

pues como en éste nunca se considera por verdadero título el de *pro herede*, podrá ser reconvenido en todo caso con la petición de herencia (cod. n. vers. *Item adde.*). Con advertencia, que ésta no tiene lugar una vez que el heredero hubiese aprehendido los bienes hereditarios, porque entonces ya no hay herencia, y solo le queda, á aquel la acción reivindicatoria ó publiciana, según le acomodare (n. 164.).

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

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

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

cia (cod. n. 166. vers. *Tertia conclusio*,).

85 Si no hubiese poseedor de bienes algunos de la herencia, ni quien tampoco solicite se le declare por heredero, será superfluo el intento de la propuesta accion, por no haber contrario que en modo alguno impugne la intencion del actor; y por lo mismo el juicio que sobre ello se formare, ó sentencia que en él se diere, es de ningun efecto (cod. n. vers. *Quarta conclusio*.).

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

87 La segunda clase de interdictos es la que es termina á conservar y defender la posesion que nuno tiene adquirida, y por lo mismo se llama *retinenda*. Se subdivide en *uti possidetis*, que hace respeto á las cosas inmuebles, y en *utrubi* para las que son muebles. Compete á qualquier poseedor, aunque lo sea *meré civil*, ó *merè natural* como el usufructuario; mas no á el nudo detentador, v. g. el inquilino,

no, depositario, comodatario &c.: siendo indispensable, que el que lo intenta posea á el tiempo de la perturbacion, y juntamente en el de la contextacion (n. 168. y 174.).

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

89 El interdicto *retinende* compete contra qualquier persona que diga ser poseedor de la misma cosa de que en realidad lo es el que lo intenta (n. 170.). Asimismo contra el que no dexa usar libremente de la

la posesion de aquella ; v. g. arando , sembrando , edificando , cogiendo frutos ; ó de otro qualquir modo impidiendola (eod. n. vers. *Tertio datur.*). Tambien contra el que por solas palabras ó jactancia perturba la posesion ; v. g. si se verificare que por este motivo el poseedor no encuentre arrendatario para la cosa (eod. n. vers. *Quarto datur.*) : y por lo mismo basta el actor para obtener en el juicio de este interdicto la negacion de posesion que el reo formalice en la contextacion , aunque no haya precedido material perturbacion de parte de éste (n. 171.).

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

171. Intentandose el remedio *retinenda* , debe exponer el actor hallarse en la posesion de la tal cosa : que en esta se le inquieta y perturba por el contrario : y que declarandosele á el primero por tal poseedor , se le condene á el segundo á que desista de la perturbacion , satisfaga su interese , y que en adelante no perturbe á el actor en manera alguna (n. 173.) : para cuyo cumplimiento no puede precisarse á el reo reconvenido á que dé fianzas (eod. n. vers. *Similitèr etiam.*). Pudiendose proceder contra éste civil ó criminalmente , segun las circunstancias de la

(M) Vid. Dom. Valenzuel. *cons. 51. et 172.* Rodrig. *de ann. reddit. lib. 1. q. 15. Avend. de cens. c. 6.*

molestia y perturbacion (cod. n. vers. *Item adde*).

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

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

Aun4

94 Aunque en la instancia del propuesto interdicto salga el reo absuelto, no podrá éste exceptuarse de cosa juzgada en el caso de que su absolución hubiese sido por razon de no haberse verificado perturbacion de parte del mismo, y ahora se advierta alguna molestia: mediante á encontrarse nueva causa para proceder contra el reo. Mas si la providencia absolvió á éste por defecto de posesion en el actor, como que todavia permanece el motivo de la absolucion, entonces obstará la citada excepcion; sino que el nuevo intento se reduxere á verificarse posesion posteriormente adquirida (177. XXXVI).

95 Puede acontecer que en el juicio *retinendæ* ambas partes soliciten recíprocamente la manutencion en la respectiva posesion de cada uno, v. g. el usufructuario de una parte, y el propietario de la otra (n. 178.). Mas si se verificare que los dos litigantes pretendan cada uno respecto de sí la posesion absoluta de la cosa, obtendrá aquel que acreditare en mejor forma esta circunstancia (eod. n. vers. *Secunda conclusio.*). Y si los testigos fuesen iguales en número y qualidades se debe declarar la posesion en favor del que hiciere ver tenerla mas antigua respecto de sí, por presumirse viciosa la posesion posterior que el otro justificare (eod. n. vers. *Tertia conclusio.*): pero si una y otra parte hiciere ver haber igual pobraza, de forma que no resulte anterioridad de

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

de posesion en alguna de ellas, obtendrá el que se halle asistido de justo título de su adquisicion; y en caso de que ambos lo tengan, aquel de quien sea el mas antiguo (eod. n. vers. *Quarta conclusio.*). Y últimamente en el raro caso de que la prueba sea tan igual que no se verifique la mas mínima ventaja en alguno de los quelitigan, se debe declarar la posesion en favor de ambos por iguales partes; bien que les queda reservado su derecho respectivamente en lo tocante á la propiedad (n. 179.) En la misma conformidad deben decidirse otros casos en que hubiere la misma duda, como en el de que dos ó mas sujetos pretendan el dominio de alguna cosa (eod. n. vers. *Et ex his potest inferri.*).

96 La tercera especie de interdictos es la *recuperanda* llamado *unde vi.* Compete á el que poseyendo alguna cosa inmueble, le despojan por fuerza de ella, á efecto de que se le restituya á su posesion; y esto aunque el despojado la tenga por medio de otra persona, v. g. inquilino, hijo, esclavo: debiendo tambien ser reintegrado en el interese del despojo (n. 180.). Siendo indispensable que el actor posea á el tiempo de este, por lo menos natural ó civilmente; porque aunque el ánimo, que es el medio de conservar la posesion civil, no pueda violentarse materialmente, como quiera que su retencion cesa en el caso de no tener libre su exercicio por ocupar la cosa algun tercero, es visto el despojo formal de la civil posesion (n. 181.) Siendo suficiente que el despojado justifique su posesion aun antes de la expulsion, por presumirse continuada (eod. n. vers. *Adde tamen.*). En inteligencia, que la accion de despojo tambien compete accesoriamente para las cosas
mue-

muebles que se hallasen contenidas en alguna inmueble (eod. n. vers. *Item adde.*). Sin que sea de omitir, que verificandose duda en razon de algun daño hecho á el poseedor quando se le despojó, se debe estar á el juramento del mismo, regulandose por el Juez una prudente estimacion, atendidas las circunstancias del despojo (eod. n. vers. *Item adde quod si vertatur* l. 9. tit. 10. p. 7.).

97 La excepcion de dominio no es atendible en el juicio de despojo, aunque se ofrezca su prueba incontinenti, pues se debe reservar para despues que se haga la restitution á el despojado (182. l. fin. tit. 10. p. 7.). Procediendo esta reintegracion aunque solo se intente el remedio petitorio, y no probandose el dominio, se acredite únicamente la expulsion (n. 183.). Con advertencia, que el actor que propone el interdicto *recuperanda* no puede ser reconvenido por el reo con accion alguna personal ó real, sino con la de otro despojo anteriormente hecho por el primero en la misma cosa (eod. n. vers. *Immo quod magis est.* O).

98 La excepcion de dominio impide la restitution del despojo quando el despojado no lo contradice, consintiendo virtualmente su ventilacion (eod. n. vers. *Limita tamen.*): ó confiesa la propiedad de parte del reo: ó se acredita por este con sentencia definitiva dada en contradictorio juicio: ó por instrumento público y ejecutivo. Tambien se debe suspender la expuesta restitution en el caso que se verifique resistencia de derecho en el auctor para poseer: v. g. el Obispo que se halla despojado de la percepcion de diezmos fuera de su

Obis-

(O) Dom. Covarr. c. 7. §. 5. n. 19. de *matrim.* Velas, *con-*
sult. 88.

Obispado y Diócesis (cod. n. vers. *Secundo limita.* P).

99 Igualmente se debe suspender la restitucion del despojo quando el actor que la pretende intenta la accion petitoria juntamente con el interdicto *recuperanda*; como si solicitare se le declare por dueño de la cosa, y que ésta se le restituya por el despojador; en cuyo caso se le oirá á éste en razon del dominio que quiera manifestar; y aun haciendolo ver deba ser mantenido en su posesion, por violenta que sea. En inteligencia, que aunque el remedio posesorio *retinenda* no pueda concurrir con el petitorio, si los *adipiscenda* y *recuperanda* respectivamente (cod. n. 183. vers. *Tertio limita.*).

100 Quando de hacerse inmediatamente la restitucion á el despojado se siguiere algun daño irreparable: v. g. si el marido solicitare la entrega de su muger, y por ésta se excepcione hallarse con aquel en grado prohibido, ó que su crueldad es tan excesiva, que teme su muerte; se ha de oír á el reo que propone semejantes excepciones, y debe quedar suspensa en el interin la expuesta restitucion (cod. n. vers. *Quarto limita.*). Sin que obste contra todo lo ante dicho la ley 27. tit. 2. p. 3. que permite generalmente la audiencia á el despojador siempre que por éste se ofrezca provar incontinenti el dominio de la cosa: ya porque la ley fin. tit. 10. p. 7. posterior á la otra previene lo contrario; y ya porque la primera habla en el concepto de acumulacion propuesto en el §. antecedente (n. 183. vers. *Sed attende.*).

101 No solo debe ser restituido el despojado á su

(P) L. 18. tit. 10. p. 6. Vid. Cur. Philip. 2. §. 18. n. 5ª 6. y 7.

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

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

103 El despojador no solo debe hacer restitucion de la cosa en que cometió el exceso de expeler á su poseedor, si tambien debe sastifacer todo el interés que esté tenga, en que no se hubiera causado el despojo; incurriendo asimismo en la pena de perder el derecho que le asistiese en la cosa, ó en caso de no tenerlo, aprontar el valor de ella á el despojado (n. 187. l. 10. tit. 20 p. 7.).

104 Aunque á el que se ausenta de la cosa en términos que pierda una y otra posesion no le compete rigorosamente el interdicto *recuperanda*, ni menos

otro alguno contra el que en aquel intermedio la hubiese ocupado; no obstante se halla asistido del remedio de la ley fin. *C. unde vi*, que viene á ser una especie de interdicto *adipiscenda*, ó mas bien de *recuperanda*; de suerte, que con él logra restituirse á la posesion que tenia perdida (n. 188.): bien entendido, que en este caso obsta la excepcion de dominio que proponga el ocupador, por quanto no se conceptúa riguroso despojador (n. 189.).

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

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

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

108 La posesion se prueba por testigos ó instrumentos que acrediten los actos de ella , sean verdaderos ; ó fictos ; ó alguna qualidad , mediante la qual se transfiere sin la intervencion de ellos como se verifica en el caso de nuestra ley 45. (n. 193.) . Siendo suficiente , que los testigos depongan de la tenencia de la cosa por resultar de este hecho la posesion juridica

(eod. n. vers. *Tertio modo.*): excepto si segun las circunstancias del caso se deba presumir lo contrario, v. g. en el esclavo, infante, arrendatario, comodatario, depositario &c., pues repugna que estos posean, y así la prueba de que los mencionados tenían la cosa queda ceñido á un concepto de nuda detentacion. Lo mismo si constase que otra persona tubiese la posesion civil y natural juntamente, ó sola una de éstas: ó la justificacion se termine á hacer ver actos aprehensivos de posesion en virtud de título que solo produzca la natural, como el de usufructo; ó solo la civil, segun se verifica en el propietario (eod. n. vers. *Et in tantum.*). En inteligencia que aunque algunos testigos depongan de actos posesorios en especie diferentes á los que expresaren otros, sin embargo debe estimarse probada la posesion, como que siendo género comprehensivo de muchas especies, todas estas terminan á un propio concepto (eod. n. et vers. ex verb. *Nunc verò singulariter.* Q).

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

(Q) Cur. Philip. 3. p. 6. 15. n. 15.

LEY

XXX Esta proposicion general debe correr, en mi concepto, en los juicios posesorios que se ventilaren plenaria-

LEY XLVI.

Todas las fortalezas que de aqui adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares, y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, villas y lugares de mayorazgo así las que de alli adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare, ó mejorare en ellas, y asimismo los edificios que de aqui adelante se hicieren en las casas de mayorazgo labrando, ó reparando, ó reedificando en ellas, sean así de mayorazgo como lo son, ó fueren, las ciudades, villas ó lugares y heredamientos, y casas donde se labraren. Y mandamos que en todo ello succeda el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos ni sucesores. Pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia ó de los Reyes que de nos vinieren se puedan hacer, ó reparar las dichas cercas, ó fortalezas: mas que sobre esto se

Q3.

guar:

riamente; mas no en los sumarios, como el despojo el de *interin*, y los que se sufren con arreglo á las ll. ult. C. de edict. Div. Adrian. Tollend. 2. y 3. tit. 14. p. 6. y 3. t. 13. lib. 4. Recop.; pues en estos solo se admite la apelacion en el efecto debolutivo: vid. Dom. Larr. *deciss.* 5. nn. 7. y 11. Dom. Covarruv. *pract.* cap. 23. n. 8. Vela *disert.* 48. n. 43. et. *disert.* 49. á n. 65. Dom. Salg. de reg. *præfect.* 1. p. c. 12. n. 19. et cap. 22. á n. 77.

guarden las leyes de nuestros reynos como en ellas se contiene.

1 **E**L sucesor del mayorazgo no tiene obligación alguna de satisfacer á los herederos del último poseedor el importe de lo que éste hubiese mejorado los bienes de su dotacion, tanto haciendoles cercas, fortalezas, ú otros edificios y sus reparos, quanto plantandolos de viña, olivar, ó de otro qualquier modo aumentado la estimacion de aquellos: de modo, que todo mejoramiento cede á el mayorazgo, y siguen en los terminos que éste por las líneas y llamamientos hechos por el Fundador: y por lo mismo la muger del que mejoró no puede fundar interese por razon de la mita dde gananciales que le pertenecen sobre el valor de dichas mejoras (n. 1.).

2 Para la mejor comprehension de lo antecedente es de advertir: que el poseedor de buena fe, compensando los frutos percibidos de la cosa, recupera los gastos necesarios hechos en ella (n. 2. l. 40. tit. 28. p. 3.): no por derecho de accion, pues no la tiene, como que habiendo hecho las mejoras en buena fe y creencia de ser dueño, no pudo tener ánimo de obligar á el que lo era en realidad; sino de retencion de la cosa, quando se le pida particularmente por reivindicacion, ó de otros qualquier bienes de la herencia, si fuese generalmente por peticion de ésta. Debiendo reintegrarse en los propios términos de las impensas útiles, siempre que el dueño de la cosa las hubiese de haber hecho ó hubiera de haberla vendido inmediatamente, ó si fuese rico, y por lo mismo no le fuese molesta la

satisfacción de dichas mejoras: pues no verificandose alguna de las expuestas circunstancias, solo se le permite á el tal poseedor que las separe sin detrimento de la cosa, excepto si el dueño de ella apronte su valor (cod. n. et dict. l. part.). Pero si los mencionados gastos fuesen voluntarios únicamente, carece el poseedor de remedio alguno para la consecución de su importe, y solo le queda el efugio de la apuntada separacion. Y si el poseedor fuere de mala fe, aunque puede recuperar las impensas necesarias, implorando á este fin el oficio judicial, pues si no las hubiese hecho quedaria obligado á pagar el menoscabo de la cosa: sin embargo, siendo útiles le es prohibida su reintegracion, y solo se le permite que las separe en los términos que quedan explicados: pero si fueren *merè* voluntarias, se le hace imposible por todos medios su recuperacion (cod. n. 2. l. 44. tit. 28. p. 3.).

3 Quando el poseedor tenga alguna especie de título en la cosa, aunque esté sujeta á restitucion v. g. el marido respecto de la dotal, el legatario: heredero, ó fideicomisario en lo tocante á los bienes que han de restituir, segun la voluntad del Testador; no solo puede recuperar las impensas necesarias por via de retencion, sino tambien por la accion *negotiorum gestorum*: y lo mismo las útiles en el caso de serle cómoda su solucion á la persona á quien se ha de hacer la restitucion: quedandole en lo respectivo á las voluntarias la facultad de separarlas. En inteligencia, que la repeticion de mejoras, que queda explicada, se ha de hacer con arreglo al valor que tienen á el tiempo de la restitucion, y no segun el que se consideraba en la sazón

que se hicieron: de cuyos casos no se compensa la estimacion de ellas con la de los frutos y emolumentos percibidos por el poseedor. Todo lo qual tiene lugar en los bienes dados en usufructo, sujetos á perpetuo aniversario, y feudales en el caso de su respectiva restitucion á el propietario, sucesor, ó dueño directo (nn. 2. vers. *Quæ omnia procedunt*, et 3.). Y aunque parece que el poseedor de mayorazgo, y en su representacion los herederos podrian en virtud de lo expuesto recuperar del sucesor los mejoramientos hechos en los bienes vinculados, sin embargo média la diferencia de que en este caso el tal sucesor logra una adquisicion temporal, y no absoluta y perpetua, qual se verifica en las restituciones arriba dichas: y por lo mismo en estas es mas adaptable, y menos sensible la satisfaccion de mejoras hechas en las cosas que se les restituye, atendiendo á la mayor utilidad que consiguen (n. 4.).

4. A ninguno se le permite con arreglo á nuestra ley, hacer castillos ó fortalezas, aunque sea sobre sitio de su pertenencia, sin licencia del Monarca, incurriendo de lo contrario en un delito de lesa Magestad; sino que dentro de un mes de la construccion la denunciare á el Soberano (n. 5.). Para cuya perfecta inteligencia es de suponer, que á qualquiera es lícito edificar sobre su area sin límite alguno (excepto si por ley, costumbre, ó estatuto se halle establecida alguna regla), aunque se le siga perjuicio á el vecino, Monasterio ú otro lugar pio, en obscurecerles la luz y claridad de sus casas: pues usando de su derecho el dueño edificante, como árbitro de sus bienes, á ninguno se cree hacerle injuria. Cesando esta absoluta permission de edi-

ficar; Primero: en aquellos que lo hacen en terreno público con permiso del Príncipe ó Concejo á que pertenece; porque este privilegio se entiende concedido sin perjuicio de tercero (n. 6.): Segundo quando el edificio fuese perjudicial á algun sitio ó heredad que sirviese para recoleccion de frutos, de forma que les impidiese el ayre con que se habia de aventar y limpiar el grano: esto por razon de la pública utilidad, que en el asunto se interesa (n. 7.). Tercero: si el dueño hiciese ó levantase el edificio: no por comodidad suya (la que en duda es presumible), sino por perjudicial á el vecino, ó con algun fin nada honesto, pudiendosele obligar á la demolicion del edificio por la accion *doli*: y lo mismo si aunque resulte alguna utilidad, sea ésta corta, y el perjuicio á el vecino muy excesivo (n. 8.).

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

6 De cierta cautela podrá usar el Monasterio, Iglesia ú otro lugar pio para evitar el perjuicio que pueda irrogarsele por el vecino en levantar edificio, ó abrirle algun registro: y es, que obligue á el dueño, como á la verdad puede, á que le venda la servidumbre de no executar aquellos actos; mayormente si el daño que resulte á el Monasterio sobrepuje á la-

la utilidad del que edifica: pues verificandose por el contrario, quedaria éste libre de dicha obligacion (n. 9. l. 2. tit. 1. p. 2. . . .)

7 De lo que queda expuesto acerca de la permission de edificar, se deduce, tener qualquiera igual facultad para construir molinos en rio público innavegable, sin tener obligacion de solicitar permiso de la Ciudad, Villa ó Lugar por cuyo territorio vaya; á no ser que tubiese prescripto el derecho de prohibirlo por tiempo inmemorial (n. 10.). Sin que obste la ley 18. tit. fin. p. 3. , pues habla en el caso de que el rio corra por terreno perteneciente á la Ciudad ó Concejo, que entonces debe preceder permiso superior; como tambien quando vaya por territorio del Príncipe, ó si sea navegable, porque teniendo el rio está circunstancia, se numera entre las regalías del Soberano (n. 11. R.).

8 Si estando algun molino hecho lícitamente, se intentase hacer otro por qualquier persona en el mismo rio, no puede servir de impedimento á el primero el segundo que se construya; pero si aquel esté hecho ilícitamente no puede reclamarse el perjuicio que éste le cause (n. 12. l. 18. tit. fin. p. 3.). Bien entendido, que aunque ambos molinos se hayan hecho precediendo las licencias correspondientes, el segundo que se haya fabricado no podrá recoger para sí agua alguna si toda la necesitase el mas antiguo, y por consiguiente, éste en tiempo de verano podrá estancar el agua á prevencion para que no pare quando no la haya, aunque de ello redunde perjuicio á el nuevamente construido (cod. n. 12. vers.

(R) *Vid. Gutier. in pract. quest. civil. lib. 4. quest. 30.*

vers. *Quam tamen communem, et de quibus aperte.*). Pero si el agua bastase en todo tiempo para los dos, no puede el mas antiguo impedir el perjuicio formal que le resulte por defecto de mas cosecheros que irian sin duda á moler á él á no haberse hecho el nuevo molino, y repartirse entre ambos el producto de la maquila, por quanto éste es un perjuicio exterior no inherente á la cosa, y que previene de la voluntad de los dueños de la acituna. Con advertencia, que si no constare qual de los dos molinos se haya primeramente fabricado, debe presumirse tal el que se halle construido en parte superior á el otro con respecto á el parage de donde venga el agua: á exemplo de dos instrumentos confecha de un mismo día, puestos en un protocolo; en cuyo caso se considera primeramente otorgado aquel que se encuentre con precedente colocacion (eod. n. 12. et eod. vers. *Ex quibus aperte, ex verb. Adde tamen.* l. 18. tit. fin. p. 3.).

9 Asi como no es del todo absoluta la libertad de hacer molinos, tampoco lo es la de construir edificios y asi no pueden levantarse sin permiso del Príncipe, Ciudad ó Consejo en sitio público, como plaza, camino &c., ni aun executarse la edificacion en suelo propio del que la hace, como ocupe en algun modo terreno de aquella qualidad, aunque esto se verifique sin tocar á el suelo en forma de cobertizo (eod. n. 12. vers. *Viso quod regulariter.*): y por consiguiente aunque alguno tenga casas propias á ambos lados de calle ó camino público, le está prohibido correr pasadizo de una á otra, de suerte, que para ello debe preceder permiso superior, haciendole pagar á el interesado algun anual en favor del
que

que le franqueó la licencia; y si ésta faltare podrá el pueblo apropiarse lo edificado, ó imponerle dicho contingente si no redunde á el público notable perjuicio (n. 13. l. 23. tit. fin. p. 3. l. 1. t. 7. lib. 7. Recop.).

10 También está prohibida por derecho Real la construccion de castillos y fortalezas, no solo en los límites del Reyno, sí tambien en lo interior de él, aunque sea sobre suelo propio, y con el único fin de fortalecer y hermosear sus casas (n. 14. Ist. l. 46. l. 18. tit. 6. lib. 3. Recop.). Y aunque parece que nuestra ley prohíbe tambien la reparacion de dichas fortalezas, debe entenderse quando estas se hubiesen destruido y arruinado enteramente, en cuyo caso se verifica nueva edificacion de ellas; mas no procede la expuesta prohibicion respecto de algunos leves reparos, ó porque el edificio amenace ruina ó se le haya caído alguna parte, mediante á que se seguiria á su dueño notable perjuicio si no pudiera poner pronto remedio á aquel peligro á pretexto de tener que impetrar Real facultad (n. 15. y 16.): y así deberá el Juez compelerle á ello en caso de omision, y se costeará la obra del fondo de propios si el dueño no tubiese por entonces con que hacerla; bien que no satisfaciendo éste en el tiempo que se le asigne el importe suplido, se sacará á pública subasta á solicitud del Procurador general del pueblo el edificio reparado para que por este medio se reintegre á los Propios su desembolso (n. 16. ex verb. *Ex qua declaratione*, l. penult. tit. fin. part. 3.). Advirtiéndose, que si el edificio fuese público, y no haya repuesto para su composicion, deberán ser compelidos los vecinos á aprontar la cantidad de su importe por redundar en beneficio de

de todos (n. 17. l. 20. tit. fin. part. 3.). Sin que sea de omitir, que aunque el Alarife que ajustó hacer enteramente algun edificio por un tanto, ó cierto diario contingente hasta su consumacion, quede obligado á el interese de los defectos y vicios que por su culpa se adviertan; cesa esta responsabilidad quando no ajustó el todo de la obra, y sí solamente trabajar en ella por un diario estipendio pues en este caso podia el dueño despedirle qualquier dia que le pareciese (n. 18. l. 16. tit. 8. p. 5.). Debiendose en duda presumir viciosa la constitucion, si su ruina se verificare dentro de quince años de haberse finalizado (eod. n. 18. l. 21. tit. fin. p. 3.).

11 Igualmente le está prohibida á qualquiera edificar en lo suyo en caso que lo constituido cubra ó descansa sobre edificio ó fundo de otro; el qual podrá impedirlo por los remedios legales del interdicto *uti possidetis*, ó accion negatoria, y aun de su propia autoridad, si lo edificado descansa y haga pie en su posesion, no solo teniendola *in solidum*, si tambien parte de ella, aunque el consocio sea el que haga el perjuicio: bien es verdad, que verificandose la inmisión sin artificio, y solo por disposicion natural, como si un arbol extendiendo sus raices perjudicase las paredes inmediatas, ó creciendo sus ramas obscureciese el fundo vecino, deberá ocurrirse á este daño con el interdicto *de arboribus cædendis*, ú otro remedio que se considere oportuno y en el primer caso se cortará del todo, aunque en el segundo se debe dexar hasta quince pies de alto (n. 19.).

12 Asimismo no puede hacerse edificio en suelo ageno, en tanto que verificandose mala fe, el due-
ño

no se alzará lícitamente con lo construido; bien que debe satisfacer el importe de sus materiales á el que edificó, si lo hizo éste con buena fe (cod. n. 19. vera. 5. *Non potest.* l. 44. tit. 28. p. 3.). Y últimamente no puede edificar el que debiese servidumbre *altius non tollendi* (cod. n. vers. l. 2. tit 31. p. 3.).

13 Supuesto lo antecedente se hace indispensable notar, que la denuncia de nueva obra solo tiene lugar quando ésta se halle empezada ó preparada porque si se halla finalizada, compete únicamente el remedio *recuperanda*; ó el *retinenda* en caso de que la construccion se haya echo sin violencia ó clandestinidad, y posea á el mismo tiempo la cosa el denunciante, esto á fin de que no se le perturbe en la posesion en que se halla, y en su consecuencia se deshaga lo edificado (nn. 20. y 21.). En inteligencia, que el interdicto *recuperanda* puede concurrir con la denunciacion de nueva obra en el caso de haberse finalizado la construccion, sin embargo de que se haya denunciado anteriormente (cod. n. 21.). Sin que obste que el interdicto *recuperanda* sea superfluo, á vista de que la denuncia de nueva obra tiene mas recomendacion, y aun por esto puede intentarse hasta treinta años, siendo así que el otro remedio dura solo uno; por quanto puede ayudarle en muchos casos en que carece de exercicio dicha denunciacion; de suerte, que el interdicto *recuperanda* tiene lugar en cosa comun: compete á el usufructuario: á el que tiene servidumbre rústica: á el colono ó inquilino: todo lo qual se verifica por el contrario en la denunciacion de nueva obra (n. 22.). Con advertencia, que el expresado interdicto no solo compete á el dueño ó poseedor, sino tambien á el in-

interesado en que no se hubiese construido el edificio: v. g. el vendedor despues de haber entregado la cosa al comprador, por razon de quedar obligado á sanear las resultas, que verificaren. Siendo el efecto de dicho interdicto, que se demuela el edificio á costa del que lo hizo, y asi podrá intentarlo el dueño del solar en caso de no tenerle cuenta la permanencia de lo edificado (eod. n. 22. vers. *Item adde.*).

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

ter-

termina inmediatamente contra la misma servidumbre (eod. n. 24. ex verb. *Vel aliter cogitavi*). Advirtiéndose, que aunque el usufructuario atendido el derecho comun, no podia intentar la dicha detencion *ex persona sua*, pues solo tenia la accion confesoria para que no se le impidiese con lo edificado el derecho del usufructo; hoy segun la ley 4. tit fin. p. 3. le es permitido (n. 25.); como tambien á qualquier amigo ó estraño á nombre del dueño, prestando caucion de que éste lo tendrá á bien (n. 27. l. 1. tit. fin. p. 3.).

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

16 La denunciacion de nueva obra puede hacerse á el dueño de ella, á los maestros, oficiales, ó á otra qualquier persona que allí se hallase á nombre de aquel, ó por causa de la construccion; bien sean personas libres, esclavas, mayores ó menores de edad; de forma que la denuncia llegue á noticia del dueño. Pudiendose hacer sin intervencion de Juez: en dias feriados: contra ignorantes, ó que lo repugnen; y por lo mismo será util hacer la denuncia á los oficiales de la obra; ya porque se destruye lo edificado despues de haberla propuesto; y ya porque aquellos regularmente se abstienen de seguir en el trabajo (n. 28. l. 1. in fin. tit. fin. part. 3.):

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

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

19 De tres modos puede hacerse la denuncia de nueva obra: Primero: verbalmente, manifestando á los que en ella se hallen, que desde luego queda denunciada: Segundo: poniendose alguna piedra ó piedras en lo edificado, expresando, que este hecho

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

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

21 En caso que el denunciado ofrezca fianzas suficientes para demoler á su costa el edificio, si despues apareciere justo el procedimiento del denuncia-

cian-

efiante, no por esto deberá seguir la construcción adelante siempre que el denunciador repugne dicha seguridad, y juntamente ofrezca manifestar incontinenti su derecho en el intervalo de tres meses, dentro del qual si así no lo executare, debe seguir la obra con la ofrecida fianza hasta las resultas del juicio; con advertencia, que esta disposición es útil tanto á el denunciador como á el denunciado: á aquel porque sentiria mayor daño si se suspendiese la construcción hasta la terminación del asunto, y entonces apareciera la justicia del contrario para edificar; y á éste, mediante á que de continuarse el edificio, sufriria mayor costo para su demolición (n. 34. l. 9. tit. fin. p. 5.): bien entendido, que el apuntado tiempo de tres meses empieza á correr desde que se ofreció la fianza (cod. n. 34. vers. *Et adde quod incipiunt.*): dentro del qual si el denunciador justificare su derecho, y en su vista el Juez pronunciase sentencia contra el edificante, éste no tiene otro efugio que el de la apelación, sin poder continuar obrando, aunque preste ante el Juez *ad quem* la prenotada seguridad (cod. n. et vers. l. 9. tit. fin. p. 3.).

22 Si el denunciante no hiciere ver el derecho de su denuncia, y á el mismo tiempo se verificare haberla entablado maliciosamente, debe ser condenado á la satisfacción de lo que importasen aquellos materiales que le hubiere hecho perder á el contrario; excepto de los que por culpa de éste se hubiesen extraviado; como se advierte en el caso de que el denunciado hubiere seguido edificando sin embargo de la denuncia, y por éste se le hubiere obligado á su demolición (n. 35.). Advirtiendose, que aun sin fianza alguna podrá el dueño de la obra conti-

nuar su construcción sin embargo de la denuncia, en el caso de que el que la hizo aparezca desde luego notoriamente destituido de justicia, ó porque sea persona inhabil para denunciar, como lo es el infame, muger, menor de catorce años, y otros; ó porque el actor no tenga cosa alguna en el sitio en que se hace el edificio; ó por razon de haberse manifestado algun instrumento público hecho entre las partes, ó executoria que resista la denuncia; ó por último en el relato de ésta se expresare alguna causa injusta (n. 37.).

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

24 Igualmente podrá el denunciado continuar su obra, dando la correspondiente fianza, siempre que manifieste seguirsele en la detencion un perjuicio insoportable, y que sobrepuje á la poca ó ninguna utilidad del denunciador; como se verifica en el caso de estarse construyendo en algun rio un molino por tiempo de verano; pues entonces de esperarse á que el actor justifique dentro de los tres meses su derecho, vendria el invierno, y de consiguiente el rio con bastante incremento que imposibilitase la construcción de dicho artefacto, é hiciese perder los materiales prevenidos (cod. n. 37. vers. *Quartum remedium.* S). Siendo digno de notar, que aunque el denunc-

(S) Vid. Cortiad. *deciss.* 259. à n. 25.

nunciador exprese á el principio alguna causa ó causas impertinentes , podrá despues en la prosecucion del juicio proponer otras que mas bien conduzcan á su defensa (n. 38. T): debiendo el Juez conforme á las segundas pronunciar su sentencia, como que debe mirar con reflexion mas bien la verdad del caso, que otras escrupulosidades (U).

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

26 La denuncia de nueva obra, como que es *in rem scripta*, pasa á los herederos y sucesores particulares del denunciado, solo á efecto de que sufran la demolicion de lo nuevamente construido; mas no

R 3

(T) Carlev. *de judic. tit. 2. disp. 8. á n. 3.* Gutierr. *pract. quest. 98.*

(U) *L. 10. tit. 17. l. 4. Recop.*

debe ser á su costa, sino que ellos mismos sabidores de la novedad de la denuncia edifiquen sin embargo de ella (n. 40. l. 6. tit. fin. p. 3.).

27 Igualmente compete el remedio de que se trata á los herederos y sucesores universales del mismo denunciante, si en vida de éste se hubiese hecho alguna obra, mas no en el caso de no haberse asi verificado; por ser el acto de denunciar una protexa hija de la voluntad del que la formaliza, y como perece por muerte del mismo, de aqui es necesitarse la circunstancia de dicha nueva construccion, que unida con la de haberse propuesto el expresado remedio por el denunciante, produce á los herederos de éste su continuacion. Debiendo cesar la antedicha limitacion quando la denuncia se hubiese entablado tambien á nombre de los herederos (n. 41.).

LEY XLVII.

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

IAunque atendido el derecho comun el hijo no salia de la potestad patria por la contraccion del matrimonio, hoy á presencia de nuestra ley queda eximido de ella, aunque sea espiritual ó nulo; mas no se liberta por razon de vejez, Doctorado, Milicia ó Sacerdocio; bien que en este último caso el padre no deberá percibir el usufructo de qualesquier bienes que el hijo Clérigo tubiese (n. 1.). En inteligencia, que aunque el matrimonio contrahido *solo consensu*, sin intervencion de las solemnidades

dades nupciales se conceptúa suficiente para varios efectos, v. g.: sucederse los cónyuges recíprocamente: no poderse hacer donacion el uno á el otro: no adquirir el legado dexado baxo la condicion de no casar: cometer adulterio la esposa que tubiese acceso con otro: no poder la misma celebrar contratos sin licencia del esposo, y otros diferentes: no obstante para la exemcion del poderío paternal han de intervenir precisamente las solemnidades nupciales, y aun tambien la de velacion por exigirla nuestra ley *pro forma* segun lo copulativo de las palabras: *casado, y velado.*

2 El hijo casado y velado se conceptúa emancipado, y fuera del poderío paternal, así para en quanto á los efectos favorables, como odiosos á el mismo hijo, segun denotan las palabras de nuestra ley: *En todas las cosas para siempre*; de que es consiguiente, no transmitir á el padre la herencia no abida, por concepto de suidad (n. 3.) no adquirirle: poder comparecer en juicio sin su permiso: ser lícito en este caso el pleyto entre uno y otro cesar en los bienes del hijo el derecho de usufructo, que en otros términos competiria á el padre; no deber el Juez condenar á el hijo segun la voluntad de aquel en el caso de haber delinquido contra el padre; y últimamente, no nacer el niéto en la potestad del abuelo; excepto si el hijo no estubiese velado, ó aunque así fuese, haya sido concebido el niéto antes de esta circunstancia. En inteligencia, que por el matrimonio se liberta el menor de veinte y cinco años, como sea mayor de diez y ocho, de la potestad del Curador: no omitiendose advertir, que aunque muera el marido de la hija, ni ésta ni sus

hijos vuelven al poderio paternal (n. 3. l. 6. tit. 25.
p. 7. in fin. .

LEY XLVIII.

MAndamos que de aqui adelante el hijo, ó hija, casandose y velandose, se hayan para si el fruto de todos sus bienes adventicios puesto que sea vivo su padre el qual sea obligado á selo restituir sin le quedar parte del usufructo dellos.

IEL padre por razon de la potestad que tiene sobre el hijo adquiere el usufructo de los bienes que éste tenga, bien sean dexados por la madre ó su linea, bien por otros parientes, ó bien por algun extraño, quedandole á el hijo reservada únicamente la propiedad de ellos (n. 1. l. 5. tit. 17. p. 4.) y esto aunque el padre contrahiga segundas nupcias (eod. n. vers. *Quod primo extend.*), ó le sea dexado á aquel solo el usufructo; cuyo derecho finalizará muerto en el cuya contemplacion se hizo la dexacion, sin esperar la muerte de ambos; excepto quando no conste, y se dude en favor de quien se mandó el usufructo; pues en este caso muerto el hijo, permanece en el padre, y por falta de éste continúa en aquel, por estar dispuesto especialmente, que el expresado derecho lo adquiriera el que de los dos superviviere (n. 2.). Bien entendido, que aunque el hijo casado no le pida á el padre el usufructo de los bienes adventicios, no obstante podrá repetirlo con los frutos que haya producido quando le parezca, sin que le obste su taciturnidad, pues ésta por lo regular dimana de la reverencia paternal

nal, y por lo mismo repugna concepto alguno de donacion (eod. n. 2. in addict.).

2 El padre no solo es usufructuario de los bienes libres del hijo, sino tambien de los vinculados y pertenecientes à la dotacion de algun mayorazgo que el segundo posea, por regularse en la clase de adventicios. Sin que obste contra esta resolucion deberse estimar semejantes bienes como si fuesen donados por el Príncipe, por razon de la licencia y facultad que debe intervenir para la fundacion, y que por lo mismo deban reputarse en la clase de castrenses, cuyo usufructo sin duda no pertenece à el padre: por quanto esta doctrina solo tiene lugar en los bienes propios del Monarca, haciendo éste de ellos alguna donacion, mas no en el caso arriba propuesto, en que los vinculados fueron del Fundador del mayorazgo, y continúan siendo de los sucesores en él de modo que no pierden la qualidad de bienes privados por razon de la autoridad Real con que se prohíbe en adelante su enagenacion. Tampoco hará à el caso la especie de que siendo el poseedor del mayorazgo un mero usufructuario de los bienes en que consiste, parezca repugnante constituírle à el padre usufructo de aquel que pertenece à el hijo, en que se verificaria servidumbre de servidumbre: mediante à que dicho poseedor tiene verdadero dominio en los expresados bienes, segun queda sentado en la exposicion de la ley 40. de Toro; con lo que concurre, que aunque fuese mero usufructuario (sin perjuicio de la verdad), pudiera el padre tener la comodidad y administracion del usufructo. Bien entendido, que este derecho espira por muerte del hijo, y pasa con los bienes

vin-

vinculados á el inmediato sucesor, sin continuar el padre disfrutandolos, segun se verifica en los de otra clase, por mas que haya cesado la patria potestad, pues esta causa basta haberla á el principio, para la continuacion de sus efectos, á exemplo de otros diferentes casos en que se verifica lo mismo (nn. 3. 4. y 5.).

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

4 Siendo privilegio especial del matrimonio para sostener sus cargas, que contrayendole el hijo haya de ser reintegrado por el padre de todo el usufructo de los bienes adventicios, es consiguiente cesar esta particularidad en los casos de que por Dignidad Episcopal, Judicatura ú otro ministerio que logre el hijo, salga del poderio paternal (cod. n. 6. vers.

vers. *Item etiam.*). Con advertencia, que aunque la Dignidad Clerical no sea modo para disolver la patria potestad, quedarán no obstante libres de dicho usufructo los bienes que el hijo Clérigo adquiriese con el motivo de este ministerio, y no los de otra qualidad (n. 7. l. 3. in fin tit. 21. part. 1.).

5 Tampoco por la misma razon perderá el padre el usufructo de los vienes adventicios del hijo, quando éste entre en Religion, y por lo mismo se liberte de la potestad patria, como que pasa á la de su Abad y Superior (eod. n. 7. vers. *Quarto infero.*); y lo mismo se verifica quando el padre usufructuario se haga Religioso, pues el derecho del usufructo continúa en él: bien que la comodidad pasa al Convento hasta su muerte; en cuyo convento se consolida con la propiedad que quedó en el hijo: de suerte, que la entrada en Religion no induce consolacion del usufructo tenido por el que la hace con la propiedad respectiva á un tercero, por ser aquel un acto meritorio, del qual es repugnante se hubiese de seguir perjuicio á el mismo que lo executa (n. 8. X). Siendo digno de advertir, que renunciando el padre en favor del hijo el derecho de usufructo que le corresponde en los bienes de éste, queda todo él en el segundo, y subsiste la tal remision sin esperar se confirme por muerte del primero, á causa de no ser rigurosa donacion, por no alargar el padre cosa alguna de su patrimonio (n. 9.). Bien entendido, que tolerando el padre por algun tiempo que el hijo usufructue, solo se entenderá remitido el usufructo percibido por el tiempo de su taciturnidad,

(X) *Vid.* Joann. Gutierr. *quest. can. lib. 2. cap. 1. ex n. 97.*

dad, mas no todo el derecho de él; y así podrá el primero quando le parezca, proceder á la precepcion de sus emolumentos (n. 10.).

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

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

8 El padre á consecuencia de la potestad que tiene sobre el hijo, es legítimo administrador de los bienes de éste, cuyo usufructo le pertenece; y por lo mismo no necesita de nombramiento judicial para la

(Y) P. Thom. Sanch. *disp.* 4. n. 18. *lib.* 6. *de matrim.* Herm. *in l.* 8. *t.* 4. *p.* 5. *glos.* 12. n. 15. *et seq.* q. Dom. Castell. *lib.* 5. *controv.* cap. 112. Dom. Salg. *in lab.* p. 2. cap. 15. n. 50. *vid.* etiam Cancer. *Var.* 3. *p.* c. 21. *ex n.* 105.

(Z) Riccius *ad Franch. declss.* 2. §. *vers.* nota.

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

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

LEY XLIX.

*M*Andamos que el que contragere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho el y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos sus bienes, et sean

(A) Dom. Castell. de usufruct. c. 3 Dom. Molin. de bisp-primog. lib. 1. c. 15. n. 33. et ibi addent.

(B) Vid. Dom. Castell. in ead. tract. et. cap. n. 85. et. seq- et 107.

(C) Dom. Castell. in tract. de usufruct. cap. 3. n. 70.

sean aplicados á uuestra Camara, y sean desterrados de estos nuestros reynos, en los quales no entren so pena de muerte: y que este sea justa causa para que el padre, y la madre pueda desheredar si quisieren á sus hijas que el tal matrimonio contraxeren: lo qual otro ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre muerto el padre.

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

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

ci

cilio de Trento parece impracticable su pena, por ser nulo el matrimonio contrahido sin la asistencia del Parroco y dos testigos (n. 2. cap. de reformat. matrimon. sess. 24.).

LEY L.

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

LEY LI.

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

LEY LII.

Qualquier esposa, ora sea de presente ora sea de futuro suelto el matrimonio gane si el esposo la oviere besado, la mitad de todo lo que el esposo la oviere dado ante de consumido el matrimonio, ora sea precioso, ó no: y si no la oviere besado no gane nada

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

LEY LIII.

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

Entre los cónyuges se verifican regularmente seis especies de donacion, quales son: *Sponsalitia largitas propter vel ante nuptias*: arras: dote: pura y simple llamada *inter virum et uxorem*: y la que se induce por la ley entre los cónyuges recíprocamente en lo respectivo á la mitad de ganancias adquiridos durante el matrimonio (n. 1.).

2. *Sponsalitia largitas*, que es la primer especie, se reduce á una donacion que se hace con la esperanza y por causa del futuro matrimonio que ha de contraerse entre los que la formalizaron, sin necesitarse expresion de hacerse baxo la condicion *si matrimonium sequatur*, por resultar ésta virtualmente de la presunta voluntad de las partes (n. 2. l. 3. tit. II. p. 4. Siendo el efecto de semejante donacion, que especificandose no haya de volver con pretexto alguno á el que la hizo, permanece firme, y se le adquiere plenamente á el donatario, aunque no se verifique la contraccion del matrimonio; mas en duda, ó se afectúa el casamiento y entonces tambien se perfecciona la donacion, de suerte que ningun evento vuelve á el donante: ó no se contrahe, y en este caso se hace restitucion de ella por el donatario siempre que haya sido por su culpa, porque teniendola el donante, deberá éste caer de dicho beneficio (cod. n. 2. ex verb. *Cujus virtus.*). Y si no se verificó la celebracion del matrimonio por algun acaso inculpable á los contrayentes, v. g. si alguno hubiese muerto siendo hecha la donacion por el esposo, y no habiendo intervenido ósculo entre ellos, la recupera aquel enteramente, ó si intervino, sola la mitad, y aun nada ha-

biendo tenido cópula, como que por ella es visto confirmarse el matrimonio: mas siendo hecha la donacion por la esposa en favor del esposo, y no se verifique el casamiento, aunque haya intervenido ósculo, se recupera por aquella ó sus herederos; y si hubieren tenido cópula, la adquiere para sí el esposo, por haberse verificado la condicion con que se executó el donadío (n. 3. l. 3. tit. II. p. 4. l. 4. tit. 2. lib. 5. Recop.): bien que es mas frecuente y regular que el esposo done á la esposa, que no ésta lo haga en favor de aquel, por razon de deber ser venerada y atendida principalmente en el ornato, en que el marido es tanto mas interesado, quanto mas honor le resulta de ello (cod. n. 3. ex verb. *Frequentius tamen.*).

3. El motivo de lucrar la esposa en caso de intervenir ósculo la mitad de la donacion hecha por el esposo, y éste no adquirir cosa alguna de la de aquella consiste en que la muger decae de su honor y estimacion en que la besen, y por lo mismo es muy conforme que en recompensa de ello tenga algun premio, para que con este interes, cubriendo en algun modo aquel defecto, encuentre con quien casar: todo lo qual se verifica por el contrario en el hombre (n. 4. l. 3. tit. II. p. 4.). Bien entendido, que quanto queda establecido en los esposos de futuro, tiene tambien lugar hoy en el matrimonio de presente (cod. n. vers. *Advertendum tamen*, et ist. l. 52. Taur.). Extendiendose el lucro que tiene la esposa de la mitad de lo donado por el esposo, aun á el caso de ser cosas preciosas (cuya graduacion queda sujeta á el prudente arbitrio judicial): y aunque no sucede así despues de estar perfecto el matrimonio, lo motiva

la presunción de que el marido lo hace no con ánimo de donárselo á la muger, sino de concederse-lo únicamente para su uso: cuyo concepto cesa entre los cónyuges de futuro ó de presente; pues el esposo sin duda dona á la esposa por causa del matrimonio su honestidad y virginidad, por lo qual debe lucrar la mitad en recompensa de su pérdida, y aún todo, verificada la consumacion del contato; sino es que haya promisión de arras, en cuyo caso queda á elección de la esposa escoger uno ú otro en el término de veinte dias contados desde que se le requiera á que elija por los herederos del marido (n. 4. ist. l. 52. l. 1. tit. 2. lib. 5. Recop. D).

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

S2 Tam-
(D) Ayor. de partition. part. 1. cap. 7. n. 37.

5 También debe ganar la esposa el todo ó mitad de lo donado por el esposo antes de recibir las bendiciones de la Iglesia, bien preceda ó subsiga el ósculo ó cópula á la donacion, por verificarse tambien en este caso la razon que para dicho lucro queda expresada en el §. 3. de esta ley: con lo que concurre, que la qualidad de esposos, de cuya expresion usa nuestra ley 52. dura hasta la efectucion del matrimonio, aunque haya intervenido cópula entre ellos; bien entendido, que si ésta ó el ósculo se hubiere verificado antes de contraerse los esponsales, bien de presente, ó bien de futuro; como que entonces cesa la qualidad y circunstancia de esposos, y por lo mismo la razon de nuestra ley, no adquiere la muger cosa alguna de la donacion que se le haya hecho por el marido, aunque despues contraigan matrimonio (n. 6.).

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

nadas por el esposo (eod. n. vers. *Sexto quaro.*).

7 Por lo tocante á la donacion *propter vel ante nuptias*, es aquella que el marido, su padre ú, otra persona á nombre de él hace á la muger por razon del matrimonio en recompensa de la dote, y para su mayor seguridad; cuya donacion se hace de la muger durante el matrimonio, y disuelto, vuelve á el marido ó á sus herederos (n. 9. l. 1. tit. 11. p. 4.).
 Conviene con la dote: Primero: en que una y otra se llama donacion: Segundo: en que así como la dotal pertenece á el marido hasta la disolucion del matrimonio, en cuyo caso debe restituirla á la muger; del propio modo ésta adquiere la *propter nuptias* hasta el mismo evento, el qual verificado, la devuelve á aquel: Tercero: en la obligacion que tienen los padres tanto de donar *propter nuptias* á el hijo, quanto de dotar á la hija: Quarto: en que así á el marido respecto de la dote, como á la muger en quanto á lo donado *propter nuptias* compete accion reivindicatoria contra qualquier extraño, en virtud del dominio que sobre ello tienen respectivamente: bien que en el segundo caso, siendo contra el marido, solo podrá verificarse el intento quando disuelto el matrimonio, no se hiciese restitucion de la dote á la muger, ó ésta debiese lucrar por razon de pacto la expresada donacion; ó si el marido se fuese empobrecido: Quinto: en que aun asintiendo la muger, carece el mismo de facultad para enagenar tanto la dote, como la donacion *propter nuptias*; y aunque aquella puede renunciar del derecho de hipoteca que tiene en los bienes del marido quando éste se halla con segura responsabilidad por otro concepto; ó la remision es de la general inducida

por la ley (pues la hipoteca especial dimanada de la expresa estipulación del marido, es irrenunciable): sin embargo se halla prohibida de hacerlo de la donación *propter nuptias*, y derecho que en ella le compete: Sexto: en que pactando el marido lucrar parte de la dote quando el matrimonio se disuelva, en el mismo evento adquiere la muger igual porción de la donación *propter nuptias*, aun sin haber intervenido pacto expreso de ello, por entenderse virtualmente repetido por las partes en este segundo caso el que intervino en el primero: Séptimo: en conceptuarse tácita estipulación en una y otra donación: Octavo: en que ambas deben traherse á colación y partición por el marido y muger con sus respectivos hermanos: Nono: en que la posibilidad de enagenarse por razon de dote las cosas sujetas á restitucion se extiende á el caso de la donación *propter nuptias*: Décimo: en deber ser la cantidad de ésta igual á la en que consista la dote: Undécimo: en que una y otra permiten aumento durante el matrimonio: Duodécimo y último: en que tanto el dominio de la dote, aunque esta sea de todos los bienes, quanto el de lo donado *propter nuptias* no se transfere sin tradicion de una parte á otra (n. 10 E).

8 La donación *propter nuptias* se distinguen de la dote en tres cosas: Primera: en que el marido es poseedor de ésta, y la muger no lo es de aquella, Segunda, en que el mismo lucra los frutos de una y otra donación; bien que hoy todos los producidos de qualquier bienes pertenecen á ambos conyugues.

(E) Dom. Cast'II. lib. 4. *controv. c. 49. 33. y 33. Leon. decis. 9.*

yuges quando la muger quiera satisfacer las deudas contrahidas durante el matrimonio de por mitad (n. II. l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopil.): Tercero y último: en que la misma tiene tácita hipoteca por su dote en los bienes del marido, el qual carece de este derecho en los de aquella para la recuperacion de lo que le donó *propter nuptias*; y aunque á la muger en caso de lucrar esta donacion por razon de pacto ú otro motivo compete igual hipoteca que en la dote contra el marido, y sus herederos, no tiene prelación en competencia de otros acreedores anteriores. (n. II.).

9 De lo expuesto acerca de la donacion *propter nuptias* se deduce ser ésta util por dos conceptos: Primero: por estar mas segura la dotal, mediante á aque el derecho de hipoteca en aquella es irrenunciable: y segundo: porque interviniendo pacto de haber el marido de lucrar la dote, se entiende virtualmente repetido en la donacion *propter nuptias* en favor de la muger. Bien entendido, que aunque se distinga de la de arras, no se halla en uso en nuestro Reyno, y en su lugar corre ésta (eod. n. ex verb. *Et sic resolutive*. F): de modo, que donacion *propter nuptias* se llama hoy la que el padre hace á el hijo quando casa por razon de capital, por mas que lo contrario quiera el Autor á el fin de este n. II. (G).

10 La donacion de arras (prescindiendo del concepto civil y de partidas) hoy se llama aquella que

S 4

(F) Ayor. de partition. part. 2. q. 33. n. 28. y 30. et q. 44. n. 56. vers. Ita pro hoc facit.

(G) Id Ayor. ead. p. 2. q. 33. n. 30.

se hace por el marido á la muger en remuneracion de su dote, virginidad, y circunstancias, aunque sea de despues de contrahido el matrimonio, por ser donacion remuneratoria; cuyas arras pertenecen á la muger disuelto aquel contrato (n. 12.); sin que su importe pueda exceder de la décima parte de lo que deducido todo lo que el marido estubiese debiendo quedare á este mismo (l. 2. tit. 2. lib. 5. Recop.): cuyo cabimiento basta que se verifique á el tiempo de la promision de arras, aunque despues se aminore el patrimonio del donante: quedando á cargo de la muger ó sus herederos acreditarlo asi para solicitar el cumplimiento de dicha obligacion, pues de lo contrario obtendrá la parte del marido, aunque nada justifique (n. 13. XXXVIII.). En inteligencia, que aunque es irrenunciable la ley que limita las arras hasta la décima por ser prohibitiva, é incurre el Escribano que otorgue esta renunciacion en perdimiento de su oficio, excepto si se hiciere generalmente, y sin particularizarse á la citada ley; sin embargo, interviniendo juramento, valdrá aun en el exceso la expuesta donacion (eod. n. H). Siendo digno de notar, que no teniendo el marido á el tiempo del casamiento caudal alguno de que dotar á la muger, puede hacerlo del que en adelante tubiere y adquiriere (eod. n. I); quedando en es-

(H) Ayor. de part. p. 1. cap. 7. n. 19.

(I) Ayor. eod. loc. n. 18.

XXXVIII. Lo contrario sienta el Ayor de part. p. c. 7. n. 27. 28. 29. expresando, que la muger funda su intencion en la promision hecha por el marido, y que por consiguien- te es obligacion de los herederos de éste desvanecerla con la prueba de no tener cabimiento en la décima.

te caso á el arbitrio de la misma elegir el tiempo que quisiere para la regulacion de la décima parte, en que debe contenerse la donacion, la qual puede hacerse tanto á doncella como á viuda, y así la lucran disuelto el matrimonio, por ser una adquisicion proveniente de la voluntad del marido que á ello quiso obligarse (cod. n. K). Bien entendido, que en el poseedor de bienes vinculados y sujetos á restitucion, que no teniendo libres hizo promision de arras, se habrá de regular la décima para su solucion segun la doctrina del Señor Molina *de hisp. primog.* á quien se remite el Adicionador en éste n. 13. lit. V. (L)

II El menor no tiene restitucion contra la donacion de arras que hubiese hecho hasta en la cantidad del diezmo de sus bienes, por quanto es un acto muy regular, y que hubiera executado otro qualquier sujeto prudente y juicioso, mayor de 25. años; sí bien es cierto, que teniendo Curador, debe intervenir su autoridad para evitar la nulidad del contrato. Con advertencia, que lo antecedente tiene lugar quando la promision de arras fuese de dinero: ó de cosas inconservables; porque terminandose á bienes inmuebles, se requiere indispensablemente decreto judicial; aunque si así no se verificase, y despues de los 25. años transcurrieren quatro, *ipso jure* se ratifica el donadío, como que es un titulo oneroso, atendida la qualidad de remuneratario (14.). Y aunque su pertenencia con arreglo á la ley del Fuero, muerta la muger, no era absolutamente de los herederos,

(K) *Id* Ayor. *cod. loc. n. 32. vers.* Però lo contrario. *et vers.* Item *pro hac verb.* Et ita communiter practicatur.

(L) *Vid.* Ayor. *cod. loc. n. 26.*

deros de ésta; hoy á presencia de la 51. de Toro el marido no tiene en dicho evento derecho alguno á las arras, antes bien las adquieren los hijos ó parientes de la muger (cod. n. vers. *Item adde quod mortua.*).

12 La quarta especie de donacion que se verifica entre los cónyuges es la dote. Esta pues no es otra cosa que lo que se dá ó promete á el marido por razon del matrimonio, y con el fin de sostener sus cargas (n. 15. l. 1. tit. 11. p. 4.): cuya promision puede hacerse por la misma muger sus padres, parientes ó por algun extraño: antes ó despues del matrimonio, pues la constitucion de la dote no tiene prohibicion en tiempo alguno (n. 16. dic. leg. part.); y es extensiva á todos los bienes, como que es una donacion que se hace por causa onerosa, y asi cesa en este caso la disposicion de la ley 69 de Toro, que solo tiene lugar en las simples y gratuitas (cod. n. 16. M.). Siendo digno de advertir, que casando la muger simplemente sin expresion de dote, en tal caso no se consideran por ésta los bienes que aquella tubiese, aunque entónces le fuesen entregados á el marido para que los administrase; sino que intervengan conjeturas suficientes para inducirlo (n. 17.). como si la muger le entregase á el mismo á el tiempo del matrimonio ó despues cierta cosa ó cantidad (n. 20. N.). En inteligencia, que la simple promision de dote lleva embebida tácitamente la condicion *si matrimonium sequatur*: de forma que el tiempo de

(M) Dom. Castell. lib. 4. controvers. c. 53. n. 35. (X)

(N) Vid. Dom. Castell. lib. 4. controu. c. 40. á num. 23.

Dom. Covarrv. de spons. c. 5. n. 5. (J)

su paga toma principio luego que se contrahe el matrimonio (n. 18. l. II. y 12. tit. II. p. 4.); excepto si se hubiese puesto individualmente otro término, pues entonces se habrá de estar á ello (eod. n. 18.).

13 La dote puede empezar, ó por tradicion, entregandosele desde luego á el marido; ó por promision, bien se haga ésta por estipulacion, ó por nudo pacto; porque hoy atendido el derecho Real de qualquier modo que se haga la obligacion produce las acciones competentes: y así el marido tiene la suya para repetir la dote prometida; á cuyo fin induce la ley en su favor tácita hipoteca en los bienes del que la ofreció, bien es verdad, que en este caso no tendrá el privilegio de antelacion que se considera en la muger para que se le ampare en ella (n. 19. l. 23. tit. 13. p. 5.): ni pasa el dominio á el marido hasta su tradicion, aunque la promesa sea hecha generalmente de todos los bienes (n. 27.). Con advertencia, que prometiendose la dote simplemente sin expresion del quanto, queda sujeta su tasa al prudente arbitrio judicial, atendidas las circunstancias de personas, lugar y patrimonio (eod. n. 19. O). Y si dada ó prometida cierta dote á una hija, despues se ofreciere otra á otra simplemente, se regulará su quanto con arreglo á el de la primera (eod. n. vers. *Adde tamen.*).

14 Tres clases de bienes pueden considerarse en la muger casada: dotales, cuyo dominio, administracion y producto pertenece á el marido, de suerte, que en razon de ellos puede éste á su mismo nombre exercitar las acciones convenientes: parafresnales, que son aquellos que la muger tiene

fuera de la dote, y solo pertenece á el marido su manejo y administracion; por habersele entregado expresa ó tácitamente por aquella; en cuyo caso puede éste hacer de procurador á nombre de la muger sin su expreso mandato; y otros cuyo dominio, usufructo y administracion reside en ella; sin tener el marido otra facultad que la de hacer ó defender en razon de estos dichos bienes, dando caucion de rato, á exemplo de otra qualquier persona conjunta; bien es verdad, que la muger para qualquier cosa que sobre ellos quiera practicar ha de tener permiso del marido (n. 20. vers. *Item adde. P.*).

15 Quando el padre teniendo bienes del hijo en administracion prometiére á éste capital alguno, ó dote si fuere hija, para el matrimonio, sin especificacion alguna; se entiende hecha la oferta del caudal y patrimonio del primero, por ser obligacion de los padres hacerles á los hijos en dicho caso las expresadas donaciones; y por esta razon lo propio debe ser quando se hace la promision de bienes del padre y del hijo juntamente. Pero si expresare con individualidad de qué bienes hace la donacion, individualizando el quanto que se ha de cargar sobre unos y otros, á ello se debe estar como que ya cesa aquella duda (n. 21. y 23. l. 8. tit. 11. p. 4.); por lo qual prometiendose la dote con tal que en ella se incluya todo quanto se le debiere á la hija, es visto que el padre no la ofrció solamente de su patrimonio (cod. n. 21. vers. *Ex quo singulariter. verb. Sed advertendum.*): Y lo mismo si se expresa-

(P) Vela *dis. 1. et 4. á n. 97. Rox. de incompatib. p. 4. cap. 5. á n. 5.*

re. hacerse la promision de los bienes de la hija únicamente (cod. n. vers. *Secundo etiam.*): Cesando toda la anterior disputa en los casos en que el promitente carezca de obligacion de dotar, como lo es la madre, Tutor ó Curador; y asi estos se entiende hacen la promision de los bienes que tienen en su poder pertenecientes á la de cuya dote se trata (n. 23.). Sin que obste la especie de que contribuyendo el padre á el hijo con alimentos sin embargo de estar obligado á ello, se presume erogarlos de los bienes de éste último: por quanto dicha obligacion es subsidiaria en defecto de no tener el hijo, con quien alimentarse; y o de dotar á las hijas tiene exercicio desde luego, y como que termina á un favor público para que las mugeres encuentren con mas proporcion con quien casar (cod. n. vers. *Superest tamen.*):

16. Prometiendo un Tutor ó Curador extraño á su púpila ó menor cierta dote que exceda de lo que en realidad tenia de ésta en su poder, y le pertenecia legítimamente, no está obligado á pagar el referido exceso; excepto si apareciere por algunas conjeturas que quiso donarla, ó que sabia muy bien á quanto alcanzaba el caudal de su administracion. Pero si la expuesta promision la hiciere la madre ú otro ascendiente, deberá satisfacer íntegramente la dote ofrecida, por presumirse de su natural afecion querer agregarla á la hija de sus propios bienes aquella parte n. 24.).

17. Quando el padre prometiере la dote durante el matrimonio, y hubiere gananciales, de éstos se debe satisfacer aquella, aunque la madre en ellos tenga interese; ya porque *ex causa necessaria*, qual

es la dotal se permite enagenar los citados bienes, y ya porqué tratando aquella de lucrar la mitad de los mismos, es muy conforme haya de sufrir la deducción del insinuado débito. Lo mismo debe suceder si sola la madre (bien que interviniendo licencia de su marido) hicieré la propia promision; pues se entiende executada con respecto á los bienes lucrados durante el matrimonio; cuya doctrina se extiende aun á el caso de prometerse la dote disuelto ya este contrato, por militar aquí también la apuntada presuncion (n. 24. vers. *Item etiam.*). Con advertencia, que muerto el padre donante, no se deberá traer á colación por la hija dotada mas que la mitad de la dote, atendiéndo á que aquel tenia igual derecho que la madre en los bienes gananciales, y así la otra mitad se colacionará despues en la herencia de ésta (eod. n. vers. *Pulcrum.*). Sin que sea de omitir, que prometiéndolo el padre y la madre juntamente dotar á la hija, ó darle capital á el hijo; no habiendo gananciales de que hacer la solucion, deben sufrir igualmente esta detraccion los bienes que respectivamente tubiesen marido y muger; aunque no tenga otros que los dotalés (n. 25. ist. l. 53. Taur.): lo qual con mayor razon se verificaria si el padre juntamente con la madrastra ó con algun extraño hiciese dicha promision (eod. n. vers. *Ex quibus infero.*).

18. Aunque en la promision que de la dote se hace á el marido se admite fiador, no sucede así para la restitucion que de ella se ha de hacer por aquel á la muger; pues de admitirse en este último caso; resultarian continuas desazones entre los cónyuges, nacidas de que siendo la especie de dicha fian-

fianza nada grata á el marido y estándola á él sujeta la muger, era preciso que ésta sufriese infinitos disgustos; y lo mas á vista de que la fianza, que es la causa debería permanecer hasta la disolución del matrimonio: nada de lo qual se encuentra en el caso primero; bien entendido, que la disposición que impide la admisión de dicha fianza en el segundo es irrenunciable por ser prohibitiva (n. 26. Q^o.)

19^o Puede darse fiador para la restitucion de la dote en varios casos: Primero: quando ésta se hubiese pagado antes de contraerse el matrimonio, y se tratase de devolverla en caso de no efectuarse este contrato: Segundo: si el marido se fuere empobreciendo: Tercero: quando el matrimonio estubiese ya disuelto: Quarto: habiendo de ser fiador el padre del marido, y no su hermano ú otro consanguíneo: Quinto: interviniendo juramento: Sexto: en caso de que el donante fuese persona estraña, y por lo mismo ésta, y no la muger hubiese de recibir la fianza: Septimo y último: quando hubiere costumbre de ello en el pueblo donde se hace la dicha donación (cod. n. 26. ex vers. *Quod tamen*, usque ad n. 27. exclus.).

20^o La dote dada ú ofrecida á el marido por el padre de la muger, disuelto el matrimonio se ha de restituir á ésta enteramente por haber ya salido de la patria potestad mediante su contraccion; por lo qual cesan en este caso las disposiciones civiles que prevenian otra cosa, como que el matrimonio con arreglo á ellas no exímia á el hijo del poderio paterno.

(Q) Vid. Dom. Larr. dec. 7. Dom. Olea de cess. jur. tit. 5. 1. 3. n. 8. Dom. Castell. tom. 6. controv. cap. 168. §. un.

ternal (no. 282). Lo mismo debe verificarse quando
 la promesa se haya hecho por algun extraño ó pa-
 riente de la muger, pues se presume donarle á éstas,
 aunque estipule dicho promitente la restitucion de la
 dote simplemente sin expresar la persona á quien se
 haya de hacer, ó lo haga alternativamente, por es-
 pecial favor de dicha donacion; pero si la estipula-
 cion sea copulativa para el donante y dotada, en-
 tónces pertenece la dote de por mitad á uno y á
 otro, y aún toda á aquel si para sí solo hubiese
 pactado su restitucion (cod. n. vers. *Si vero*), y así
 Como los padres tienen obligacion de dexar
 á sus hijos ó chivida ó en muerte sus respectivas
 legítimas si si les prometieren ó dexaren dote se en-
 tiende que cumplen con aquella, y así se estima pu-
 ra, y no condicional desta donacion, aún en la can-
 tidad excedente de la rigorosa legítima de la hija
 dotada, esto por evitar diversidad de conceptos en
 una misma disposicion. Pero si además de la pro-
 mesa ó legado dotal le fuere dexada á la hija su le-
 gítima, se tendrá por condicional; pues como el pa-
 dre habia ya cumplido con su obligacion; cesa el
 concepto arriba apuntado: y lo mismo aunque no
 fuese dexada dicha legítima, como la citada dona-
 cion se hiciere con respecto á cierto matrimonio;
 ó el donante fuere persona extraña; porque no en-
 contrandose en ésta necesidad alguna de mandar la
 dote, es visto que no miró tanto el beneficio parti-
 cular de la dotada y futuro marido, quanto el co-
 mún que se sigue á la república: excepto si por al-
 gunas conjeturas pueda conceptuarse pura la expues-
 ta liberalidad. Bien entendido, que en los casos en
 que se estima condicional no puede su importe pe-
 dir-

dírse por el interesado hasta que el matrimonio en realidad se haya contraído á lo menos por palabras de presente sin mas solemnidad; y esto aunque la dotada tenga la edad competente, y ofrezca caucion de casarse. Siendo digno de advertir, que si el Testador previniese á sus albaceas que expendan alguna cantidad entre doncellas que hayan de casarse, no deben elegir las que á el tiempo de su fallecimiento se hallen sin la edad competente; antes bien han de esperar á la verificacion de este requisito: excepto quando la voluntad del disponente se termine á ciertas y determinadas personas, como á Francisca, Juana, ó Antonia, pues entonces sin demóra alguna se habrá de practicar la eleccion, como que en ello no se causa perjuicio á otras (n. 29. R).

22 Si la solucion de la dote consistente en dinero se retardare á el marido, que en el interin hubiese sostenido las cargas del matrimonio, y no si lo contrario hubiese hecho, se le debe satisfacer alguna usura limitada á lo que haya gastado con la muger, y en sostener las citadas cargas, por mas que se hubiese pactado algun tanto, por ciento, mediante á ser esto prohibido. Infiriendose de lo antecedente no debersele computar á el marido en la suerte principal de la dote á el tiempo de su paga aquellos frutos que hubiese percibido de la cosa que se le hubiese dado en prenda interin se le hacia pagamento de dicha dote, ya por tener alguna incertidumbre aquel lucro, y ya por subrogarse la prenda

T da

(R) Dom. Covarr. c. 3. de testam. n. 14. Castell. de alim c. 16. §. 10.

da en lugar de la dote, cuyos emolumentos sin duda pertenecen á el marido; bien es verdad, que si el producto de la alhaja opignorada fuese excesivo, se deberá computar el sobrante de lo gastado en sostener las cargas matrimoniales con la suerte principal (n. 30.). En inteligencia, que si al marido en todo el tiempo del matrimonio, ó de la vida del deudor hubiese dexado de pedir las usuras no prometidas, es visto hacer cesion y donacion de ellas (eod. n. vers. *Unum tamen est.*).

23 Aunque al marido no tiene obligacion de alimentar á la muger; antes bien puede devolverla á las casas del padre, ó de aquel que la dotó en el caso de no pagarsele la dote ofrecida: no es así quando ni se le dió ni prometió alguna; pues así como ella le sirve y cuida de su casa, del mismo modo él debe alimentarla y sostenerla conforme á sus circunstancias (n. 31. cap. *Per vestras.*, de donation, int. vir. et uxor.).

24 Si el marido haciendo de actor ó de reo perdiese el pleyto que sobre reivindicar ó defender alguna cosa dotal tubiese pendiente con otro; no le queda á la muger contra éste disuelto el matrimonio accion alguna, siempre que el marido hubiese hecho aquella, y justificacion que podia, de forma, que en ello no interviniese fraude ó culpa suya; pues el tercero litigó con parte legítima, qual es el marido respecto de las cosas dotales, como que es dueño y administrador de ellas, y por lo mismo obsta á la muger la sentencia dada en el referido litigio. Pero si el marido se versó en su seguimiento y defensa con malicia ó notable descuido, queda sin duda responsable á la satisfscion de la perdida, y no teniendo facultades para ello, podrá re-
pe-

petirse por la muger del tercero que obtuvo en el expresado juicio (n. 32. S).

25 El marido durante el matrimonio lucra los frutos de la dote, aunque excedan del gasto que se haga en sostener las cargas matrimoniales, bien sean aquellos naturales, civiles á industriales; tanto producidos de cosas inmuebles, quanto de muebles ó semovientes; v. g. la lana, leche, corderos y demás que se considera fruto de ganado; bien que el parto de la esclava que hubiese ido en dote á el matrimonio, no pertenece á el marido; como tampoco á otro qualquier usufructuario, por ser especie repugnante á la de los frutos y demás cosas que fueron criadas para el hombre (n. 33. l. 14. tit. 31. p. 3.). Igualmente pertenecen á el marido los emolumentos, frutos y comodidades que en qualquier manera provengan del mayorazgo, título, jurisdiccion ó dignidad que la muger llevase en concepto de dote: y aun por esto está prohibido el marido de hacer donacion á la muger de los expresados frutos, como si fuese otra qualquier cosa de su pertenencia: y asi podrán repetirse por dicho donante en aquello en que la muger se hubiese locupletado, y no invertido en alimentarse á sí y á sus hijos (eod. n. 33.). Todo lo qual procede aunque la muger fuese impúbera, como sea hábil para la co-pula; y tambien su malicia supla el defecto de la edad, porque si asi no se verificare, ignorandolo el marido, no lucra éste los frutos como tal, sino en qualidad de poseedor de buena fe; y solamente en quanto sostenga el matrimonio, si hubiere sido sa-

T 2

bi-

(S) Vid. P. Molin. de justit. et jur. tract: 2. disp. 428.

bidor. De todo lo qual se deduce, que para adquirir el marido los frutos dotales han de verificarse tres cosas: Primera matrimonio: Segunda: entrega de dote: Tercera y última: que aquel esposo tenga dichas cargas (eod. num. 33. vers. *Quid autem.*).

26 Los frutos producidos de los bienes parafrernales no pertenecen á el marido, sino á la muger, roso de mantener sus cargas como los dotales: bien porque no pasan á el matrimonio con el título oneroso de mantener sus cargas como los dotales; bien es verdad, que hoy todos los frutos que sobrasen disuelto el matrimonio, tanto de bienes dotales, como de parafrernales ó de otra qualquier especie, se hacen comunes, y se dividen igualmente entre ámbos cónjuges como bienes gananciales (eod. n. vers. *Adde quod fructus.* l. 4. tit. 9. lib. 5. Recopil.).

27 Entregandosele á el marido el fundo dotal con fruto pendiente, y disuelto el matrimonio despues de alzado, no le pertenece todo él, sino solo el correspondiente á el tiempo que duró el matrimonio. Y lo mismo debe suceder en el caso de que no se le haya entregado con fruto alguno, como éste ya lo haya quando se verifique dicha disolucion (eod. n. vers. *Adde tamen circa superior.* l. 26. tit. 11. p. 4.).

28 Si el marido se fuese empobreciendo, puede la muger pedir la dote, aun durante el matrimonio, no para enagenarla, sino para mantener su casa y familia: ó solicitar se ponga en sequestro para que su producto se aplique á el propio destino; ó recibir fianzas del marido para asegurar la satisfacción de la dote disuelto el matrimonio (eod. n. vers.

Item

Item. quarto. l. 29. tit. II. p. 4. XXXIX.). Quedan á el arbitrio de la muger, como que es bactora, elegir el intento que de los referidos le parezca, aunque el marido esté pronto á efectuar el de dicha fianza (cod. n. vers. *Dubium tamen*); bien es verdad, que los frutos que sobre de mantener la familia deben restituirse á el marido, por ser suyos. Advirtiéndose, que su inopia no es preciso sea actual para que la muger use de los arbitrios apuntados, sino basta que aquel empiece á versarse mal en la administracion y manejo del caudal; á cuyo fin es suficiente semiplena prueba ó presuntiva de ello, como que se trata de considerable perjuicio de la muger, y su dote, cuyo fomento es tan recomendado por derecho (cod. n. vers. *Adde tamen quod hoc casu.*).

29. Aunque el marido sea pobre y sospechoso á el tiempo de contraerse el matrimonio, podrá no obstante la muger, si despues tubiere aquel mala versacion en el caudal, usar de alguno de los remedios propuestos en el §. antecedente (cod. n. v. *Quod tamen.*). Bien entendido, que si el que dió la dote por la muger fuese un estraño, aunque hubiese pactado la devolucion de ella, no puede durante el matrimonio solicitar se le restituya con pretexto de la inopia del marido: ya porque el pacto se terminó tácitamente á el caso de que el matrimonio se disuelva, y ya porque quedaria la familia sin el

T 3

XXXIX Si la inopia del marido se verificase sin culpa suya cesa la obligacion de restituir la dote hasta que el matrimonio se disuelva. Cur. Philip. 2. p. §. 26. n. 7.

alivio que tiene quando la madre pide su dote en el propio evento de pobreza, pues se queda con ella para sostener á el marido, á sí y sus hijos (n. 34.). siendo digno de notar, que aunque éste despues de haber restituido los bienes dotales se enriqueciere, no los recupera, mayormente si permanezca ignorante en el manejo de sus bienes (n. 35. T).

30. Aunque regularmente la cosa comprada con dinero de otro no se hace de éste, sino del mismo que la compra; y así acontece quando con el dotal el marido merca alguna alhaja, opues ésta no pertenece á la muger, excepto si aquel se hallase insolvente, á menos que la compra se hubiese hecho con voluntad de ella (n. 36. l. 49. tit. 5. p. 5.). Sin embargo lo contrario se verifica respecto de la Iglesia, menor, furioso, pródigo, y demas que se hallan baxo de curaduria y administracion, quando la compra es hecha por el Sindico, Tutor, Curador, ó Administrador; y así se hace de aquellos la alhaja comprada por estos; pero no si el comprador fuese un extraño, excepto quando éste estubiese insolvente: bien es verdad, que si el dueño del dinero fuese Soldado, le pertenece qualquiera cosa que con él comprare una persona estraña, aunque ésta se halle solvente; y haga la compra simplemente ó á su propio nombre; esto por el especial favor y privilegio militar (codb 36.).

31. Disuelto el matrimonio compete á la muger y sus herederos contra el marido y los suyos á efecto de recuperar la dote que hubiese consistido en cantidad, una accion personal y privilegiada res-

pecto de otros acreedores personales anteriores, nacida de la ficta promision, que de restituirla en aquel evento induce la ley (n. 37. U). á cuyo fin tiene tácita hipoteca en los bienes del marido y su fiador (eod. n. vers. *Item*. l. 23. tit. 13. p. 5.). aun quando aquel fuese menor de veinte y cinco años, ó la dote putativa por razon de haberse contraido un matrimonio prohibido, ignorandolo la muger, en cuyo caso tambien pertenece á ésta lo adquirido y lucrado durante él, y aun tiene el privilegio de que no puedan ser enagenados sus bienes dotales (eod. n. et vers. X): Cesando el derecho de tácita hipoteca respecto de un extraño, que habiendo dado la dote hubiese estipulado su devolucion á el mismo: tambien si la esposa lo fuere de futuro, porque sin matrimonio no puede haber dote (eod. n. vers. *Limitamen*. Z). Bien entendido, que dicha tácita hipoteca excluye á los acreedores anteriores que tambien la tengan en los bienes del marido: esto en atencion á la publica utilidad que se interesa en la conservacion de las dotes; ya que las mugeres sufren el obsequio y reverencia que á aquellos deben tener: los peligros del parto, cria y cuidado de los hijos, demás cargas matrimoniales (eod. n. vers. *Et adde*. l. 23. tit. 3. q. 5.).

32 El derecho de tácita hipoteca que tiene la muger por su dote en los bienes del marido, no toma principio hasta la solucion de ella, aunque el tal

T4 prohibiendo pro-
 (U) Carleb. de judic. tit. 3. disp. 3. n. 35. et disp. 5. Parlad.
 lib. 2. rer. quotid. c. fin. p. 1. §. 11. ampl. 4.

(X) Vid. Cur. Philip. p. 2. lib. 2. §. 12. n. 37.

(Z) Vid. Cur. eod. loc. n. 36.

prometiese su restitucion con la esperanza de percibirla; de forma que si el marido ya contrahido el matrimonio se adeudare con expresa hipoteca en favor de otros acreedores, y despues recibiere la dote, serán estos preferidos á la muger; excepto quando la promision de restituir la dote no recibida se haga por el marido con hipoteca expresa, pues entonces el derecho de ella nace desde luego para que la muger deba ser preferida en concurrencia de otro qualquier acreedor que despues de la referida promesa contratase con el marido, aun con expresa hipoteca (n. 28. l. 33. tit. 13. p. 5.). De lo qual dexa entenderse, que la muger con tácita hipoteca no tiene prelación por su dote en los bienes del marido en competencia de otros acreedores anteriores que la tengan expresa (n. 39. l. 33. tit. 13. p. 5.); y lo mismo sucede aunque la posterior hipoteca de la muger sea tambien de esta qualidad; bien es verdad, que en duda, el crédito dotal se presume anterior á otro qualquier, como se verifica encontrandose dos instrumentos otorgados en un mismo dia por distintos Escribanos, sin que ninguno de ellos contenga la hora de su otorgamiento, en cuyo caso el respectivo á la dote se estimará anterior á el otro. Dize *ante distintos Escribanos*, porque si fuere uno mismo ante quien se hayan otorgado ambos documentos, entonces el primero en el orden y colacion lo es tambien en quanto á los efectos (n. 40. A). Bien entendido, que aunque la muger tenga tácita hipoteca y derecho de prelación para el cóbro de los bienes

(A) Salg. 2. p. labor. c. 4. n. 169. Dom. Olea tit. 6. §. 2. n. 14. et tit. 8. q. 3. n. 15. y 17.

bienes parafernales, cuya administracion haya estado en el marido, y no quando la hubiese tenido ella misma; esto procede en concurrencia de acreedores que carezcan de hipotecas anteriores, pues teniendo de esta qualidad deben preferirse por sus respectivos creditos (cod. n. vers. *Item quaro. l. 17. tit. 11. p. 4. B*). Tampoco tiene prelación para el reintegro de las arras ó donacion *propter nuptias* (XL.): mitad de gananciales, vestidos dados por el marido, y demás bienes que no sean dotales; por que en estos retrata la muger *de damno virtando*, y en los otros *de lucro capitando* (n. 41.).

33 Si la dote hubiese consistido en especie, sin haberse hecho de ella estimacion alguna, aunque durante el matrimonio sea del marido, disuelto vuelve su dominio á la muger, y por lo mismo, como que es acreedora de este derecho, es preferida entonces á otro qualquier acreedor anterior, aun con expresa hipoteca, y puede vindicarlos de su detentador (n. 42.): sin que sea necesaria tradicion alguna para que el dominio de dicha dote regrese á la muger, aunque para su adquisicion debiera intervenir aquel acto; pues mas facil es que una cosa vuelva á su antiguo sistema, que no inducirsele éste de nuevo; y así se advierte (entre otros muchos exemplares) quando el dominio de la cosa ven-

(B) Gregor. in hac leg. glos. 3.

XL Si las arras ó donacion *propter nuptias* se hubiesen dado por aumento de dote, tiene en ellas la muger los mismos privilegios que en ésta. Cur. Philip. p. 2. lib. 2. c. 22. n. 32.

los bienes pertenecen al marido, por ser donados

dada con el pacto de la ley comisoría retrocede *ipso jure* á el vendedor, luego que el comprador no satisfaga el precio dentro del tiempo estipulado (eod. n. 42. vers. *Ex quo textu, Ex quo primo infero.*). En inteligencia, que el aumento ó daño acaecido sin culpa del marido en la expresada dote inestimada pertenece á la muger, y por lo mismo á esta no se le debe por aquella estimacion alguna de los vestidos ó animales que á el tiempo de la disolucion del matrimonio se encuentren consumidos (eod. n. vers. *Et adde quod tali casu.*): á cuyo fin el marido para exonerarse de esta responsabilidad, como que es una especie de procurador ó guardador de la muger y sus bienes dotales, tiene que acreditar haber estos perecido por uso, casualidad, ú otro motivo en que no haya verificadose culpa suya: bien es verdad, que las ovejas ú otros qualesquier animales deben suplirse de los mismos frutos y efectos que produxeren, por mas que los de los bienes dotales pertenezcan á el marido (n. 43. l. 21. tit. II. p. 4.). Advirtiendose, que si la dote inestimada no consista en especie, sino en género, y de consiguiente en cosas que constan de peso, numero ó medida; debe aquél, disuelto el matrimonio, entregar otras del mismo genero: ú pagar su estimacion segun la tengan en este tiempo, aunque se hallen gastadas y consumidas las entregadas por llevar en si embebida semejante obligacion (eod. n. vers. *Li-mita tamen. l. 21. tit. II. p. 4.*).

34. Pero si la dote consistente en especie fuere estimada en términos que su estimacion induzca comprehenda, entonces el aumento ó detrimento de los tales bienes pertenece á el marido, por ser deudor

dor de cantidad; y así aunque se hallen á el tiempo de la disolucion del matrimonio en la misma bondad y sistema que aquel las hubiese recibido, no puede pagarse con ellos la dote á la muger si no quiere recibirlos, y apeteciére mas bien percibir su estimacion. Tambien se deduce, que si el marido legare á ésta la especie dotal estimada puede la misma pedir por la accion *ex testamento* el legado, y por la de dote solicitar además su estimacion. Y si la que se diere á los bienes dotales no induzca compra, y solo se hubiesen tasado y estimado con el único objeto de que se sepa su valor, en este caso hallandose á el tiempo que el matrimonio se disuelva deteriorado, no en su intrínseca bondad, sino en la menos estimacion que el transcurso del tiempo haya motivado; ó por el contrario, se encuentren con mucho mas valor originado de la propia causa, pertenece á la muger este daño ó aumento (n. 44. ll. 18. 19. y 20. tit. 11. p. 4.) Con advertencia, que haciendose dicha tasacion con agravio del marido ó de la muger, debe deshacerse en favor del perjudicado, aunque no exceda de la mitad del justo precio de la cosa dotal (cod. n. vers. *Quod tamen intellige.* l. 16. tit. 11. p. 4.). Bien entendido, que si el marido se encuentre insolvente quando el matrimonio se disuelva, aunque los bienes dotales se le hubiesen dado con tal estimacion que causase venta, vuelve *ipso jure* á la muger el dominio de ellos: y de consiguiente no solo es preferida en su percepcion á todo otro acreedor, sino que tambien puede reivindicar los de qualquier poseedor (cod. n. vers. *Quod tamen intellige.*)

35 El marido no tiene obligacion de satisfacer

á la muger el valor de los bienes parafernales consumidos en el uso de ambos con annuencia expresa ó tácita de ella (eod. n. 44. vers. *Et ex superioribus* et vers. *Tertia conclusio.*): excepto en aquello en que resulte utilizado : v. g. si los tales bienes le hubieren escusado de la obligacion que *alias* tendria de comprar otros de la misma qualidad para el uso de su casa y familia : en cuyo particular son de mejor condicion los bienes parafernales que los dotales inestimados ; pues como los frutos de estos pertenezcan á el marido no es reponsable á la consumcion que el uso de los mismos haya causado (eod. n. vers. *Secunda conclusio.*).

36 Los derechos inherentes á el mismo contrato dotal , quales son los de tácita estipulacion é hipoteca , pasan á los hijos y herederos estraños de la muger ; pero el respectivo á ésta solamente , como es el privilegio de prelacion , no se transfiere á los herederos estraños , sino solo á los hijos de quel matrimonio , por la identidad , de personas que se estima tener con los padres (n. 45.).

37 Disuelto el matrimonio , debe restituirse la dote por el marido ó sus herederos siempre que consista en bienes inmuebles ; porque siendo en muebles , ó cantidad , tiene aquel un año de término para su restitucion , sino que en el instrumento dotal se hubiere asignado menos dilacion (n. 46. l. pen. tit. I I. p. 4.). Con advertencia ; que los frutos que en dicho intervalo legal ó convencional produxeren los citados bienes muebles de suyo fructuosos : como son los esclavos , jumentos &c. se han de restituir tambien á la muger , quedandole únicamente á el marido el uso que haya tenido de ellos ; bien es verdad , que

que siendo cantidad, no se le debe hacer cargo de la usura ó interés que en el citado tiempo le haya producido, y cumple con la mera restitucion de ella (n. 47. C). Bien entendido, que el marido ó sus herederos deben prestar alimentos á la muger en el referido intervalo: excepto quando ella tubiese de que alimentarse, ó por muerte de la misma solicitasen sus herederos disfrutar el propio beneficio; ó le fuesen entregados inmediatamente los expresados bienes, sin querer el marido valerse de la dilacion legal ó convencional; ó se tratase de percibir alimentos preteridos, sino que esta qualidad proviniese de la demora en que la muger hubiese constituido á los herederos del marido por medio de la peticion de aquellos; ó la muger quisiese compensar (segun está obligada) los frutos que el citado tiempo produxeren los dichos bienes con los alimentos que haya de percibir: los cuales deven prestarse por los herederos del marido, aunque á ello no alcanzen los productos; y si estos excedieren á los alimentos, ha de satisfacerse el exceso por los mismos á la muger. Siendo de tener presente, que quedando ésta preñada, debe ser alimentada en todo el tiempo de la dilacion, su embargo de habersele restituido inmediatamente su dote, ó ella tubiese con que acudir á su manutencion (n. 48. usque ad vers.

Adde tamen

38 En los casos en que la muger debe ser alimentada por los herederos del marido, como que es obligacion impuesta por la ley, y no por el hombre, debe ser en las casas de ellos, como no re-

(C) L. 26. tit. 11. p. 4. verb. é no mas.

sulte perjuicio , incomodidad , ú otro particular nada decente y honesto á ella (cod. n. vers. *Addé tamen.*). Con advertencia , que la muger , muerto el marido , puede quedarse en las casas mortuorias , y en la ocupacion de los bienes que se hallen en ellas hasta la solucion de la dote : esto en virtud del derecho de tácita hipoteca que tiene en ellos ; á cuyo fin se le debe franquear por el Juez la correspondiente carta de amparo (cod. n. vers. *Item adde.*).

39 El marido ó sus hijos , mas no los herederos estraños , gozan en la restitucion de la dote del beneficio de competencia , reducido á no poder ser reconvenidos en mas de lo que pueden hacer (n. 49. l. fin. tít. I I. p. 4.) : de cuyo privilegio tambien participa el padre de él , suegro de la muger ; y lo mismo el padre de ésta , suegro del marido , quando se le pide la dote ofrecida durante el matrimonio ; porque si ya disuelto sea reconvenido , y el yerno debiese lucrar la dote por razon de pacto ú otro motivo , carece aquel del expuesto beneficio. Bien entendido , que esta excepcion de competencia es irrenunciabile , aun con juramento , y puede oponerse despues de la sentencia en la execucion de ella : bien es verdad , que no tiene exercicio , no ofrece caucion con fianza , si puede , de pagar integramente luego que venga á mejor fortuna , ni en el caso de que la muger esté muy pobre , sin tener efugio alguno para acudir á su manutencion , pues la caridad bien ordenada nace de sí mismo : ni por último , en el caso de que la dote hubiese consistido en especie , estimada , ó inestimada (cod. n. vers. *Quod primo extendé*). Sin que sea de omitir , que para la execucion de la dote ni se atiende á el domicilio del ma-
ri-

tido, ni menos á el de la muger, sino solo á el lugar donde se contraxo el matrimonio: excepto si entre los cónyuges se hubiese hecho contraria convencion (n. 50. l. 24. tit. 11. p. 4.).

40 El marido recupera las impensas necesarias hechas en la especie dotal, y tambien las útiles, como se hayan impendido de consentimiento de la muger; ó esta sea rica, y por lo mismo pueda satisfacerlas comodamente, pero no las voluntarias, aunque se permite su separacion sin detrimento de la cosa (n. 51. l. fin. tit. 11. p. 4.).

41 La dote confesada, aun con juramento, no prueba su real y efectiva numeracion, ni goza de los privilegios que tiene la verdaderamente recibida; porque esta confesion se presume hecha con el fin de tener mas presto á la muger, ó el de manifestarse con ésta y los suyos mas liberal y así disuelto el matrimonio, puede oponerse por el marido ó sus herederos la excepcion *non numerate dotis* dentro de un año, como la dissolution se hubiese verificado á los dos de la confesion dotal; y si despues de ellos, pero en el discurso de los diez, dentro de tres meses: pero disolviendose el matrimonio despues del decenio, no tiene lugar la referida excepcion, sino que el marido ó sus herederos fuesen menores, y por esto debiesen gozar de la restitucion contra el lapso del expresado tiempo (n. 52. D.).

42 La excepcion *non numerate dotis* no puede oponerse por el marido, su heredero ó acreedor

quan-

(D) Herm. l. 9. gloss. 5. à n. 45. tit. 1. p. 5. Vela *dissert.*
t. 2. n. 68.

quando aunque la dote no fuese efectivamente recibida, el Escrivano expresase en el instrumento dotal haberse hecho la numeracion á su presencia, ó aquel hubiese renunciado del beneficio que tiene para proponerla; ó á su sola confesion precediese promision de ella; ó por último la dicha confesion se verificase repetida con intervalo de tiempo (cod. n. vers. *Quod tamen limita*, et *Sexto limita*. l. 9. in fin. tit. 1. p. 5.). En inteligencia, que aunque los acreedores del marido no puedan oponer la excepcion *non numerate dotis*, si éste ubiese renunciado de ella expresa ó tácitamente por el lapso del tiempo correspondiente, se exceptúan tres casos, quales son Primero: quando aquellos ignorasen la confesion de la dote hecha por el marido su dendor, pues entonces tienen restitution por la clausula general *si ex qua alia mihi justa causa*; Segundo: si fueren acreedores con expresa hipoteca, cuya circunstancia induce sin dnda prelación en sus créditos: Tercero y último: quando la confesion en estubiese executada por el marido durante el matrimonio, hallandose pobre y oprimido para la satisfaccion de sus deudas; porque entonces se presume fraudulenta (cod. n. vers. *Unum tamen*.).

43 La causa dotal es por su naturaleza breve y sumaria, y asi en ella deben los Jueces proceder sin las dilaciones que admiten otros juicios (cod. n. vers. *Item quero E*). Advirtiendose, que su conocimiento pertenece privativamente á el Juez Secular; y solo entenderá el Eclesiástico por incidencia, tratandose ante él directamente de la causa matrimonial, y ac-

(E) Barbos. l. 1. p. 1. à n. 42. solut. matpi met. n. 52. y 85.

cesoriamente de la dote (53. F.). Admite apelacion en ambos efectos la sentencia dada sobre este negocio, bien sea en favor del marido, bien en el de la muger, ó bien en el de otro qualquiera (n. 54. XLI.).

44 Quando se haya contrahido matrimonio prohibido, v. g. entre parientes, sabiendolo las partes, y habiendose seguido cópula, incurren en la pena de confiscacion de la dote; y donacion *propter nuptias*: y además de todos sus bienes, en caso de no haber hijos de otro matrimonio: destierro: pérdida de honores: y aun azotes, si sean personas viles. Pero si uno contraxo *scientèr*, y el otro ignorandolo, é interviniere cópula, la dote ó donacion *propter nuptias* pertenece á el que la hubiese recibido: y si no intervino, puede repetirse por el donante, no por la accion ordinaria, si no por la condicion *sin causa*. Advirtiendose, que lo antedicho solo tiene lugar en la dote, donacion *propter nuptias*, y demás que se hacen por causa del matrimonio; porque las simples que median entre los expresados cónyuges sabidores del insinuado defecto, se confiscan, aunque no se verifique cópula; y si lo ignoraren ambos, pueden repetirse por el que las hizo; pero si el donante lo supo, y el donatario no, queda de éste el donadío,

V

ha-
(F) Vid. D. Castell. de alim. c. 7. et 26. Gut. lib. 1. pract. q. 44. á n. 6.

XLI. Lo contrario se halla mas bien recibido en la práctica; de forma, que la providencia dada en favor de dote ú alimentos en caso que la persona que los haya de recibir esté pobre, se executa sin embargo de apelacion, y solo se admite en el efecto devolutivo. Bovad. lib. 2. polit. c. 21. n. 134. D. Salg. de Reg. 2. p. c. 1. y 2. Gutt. in pract. lib. 31. q. 106. y 146.

habiendo intervenido cópula, y si no intervino pertenece á el Fisco (n. 55. l. 3. tit. 18. p. 7.).

54 En caso que el matrimonio sea nulo, ignorándolo ambos cónyuges, ó la muger solamente, disuelto que sea, ó por muerte, ó por divorcio, la dote putativa goza los privilegios de la verdadera, si sean respectivos á el mismo contrato, accion ó donacion dotal: v. g. el derecho de prelacion y demás que hasta aquí quedan explicados (n. 56.); pero no si aquellos miran á el derecho, virtud y efectos provenientes del matrimonio, quales son entre otros muchos: el de sucederse recíprocamente los cónyuges en defecto de parientes dentro del grado asignado por la ley: el de la dilacion que tiene el marido para restituir los bienes dotales que sean muebles, ó consistan en cantidad; bien es verdad, que con arreglo á la ley 81. de Toro puede el marido putativo acusar á el adúltero, lucrar la dote, y hacer lo demás que en este caso le es permitido á el que lo sea verdadero (eod. n. vers. *Si veró privilegia.*). tambien pueden legitimarse los hijos del tal matrimonio (eod. n. vers. *Ex quibus utiliter.*): y se verifica la recíproca participacion de los bienes gananciales (eod. n. vers. *Item etiam quero.*).

46 Los bienes dotales regularmente no pueden enagenarse sin intervenir juramento de la muger; bien que ésta, haciendose la enagenacion por el marido, aun con su permiso jurado, puede repetir el precio de aquellos; y lo mismo aunque el contrato fuese hecho por ambos cónyuges, por presumirse que el dinero de la venta y enagenacion lo percibiria el marido; pero si sola la muger hubiese enagenado, aun con permiso de éste, y ella misma per-

percíbiere el importe de la cosa, carece de la expuesta repetición (n. 57.) Siendo digno de notar, que aunque la muger hubiese jurado no vender los bienes dotales, ni consentir en su enagenacion, vale no obstante la que despues haga con juramento: á exemplo del matrimonio contrahido, v. g. con Juana, sin embargo de haberse jurado antes su celebracion con Antonia; y otros difetentes actos que penden de la mera voluntad del que los executa; porque de lo contrario se verificaria quitarsela el albitrio contra el derecho y libertad natural (n. 58.).

47 La muger, disuelto el matrimonio, no puede aprobar ó ratificar la enagenacion que durante él hizo el marido de los bienes dotales, ni ella misma enagenarlos hasta que real y verdaderamente tome posesion de ellos: porque hasta este acto les dura la qualidad, y privilegio de dotales (n. 59.) excepto quando el matrimonio se disolviese por muerte de la muger, en cuyo caso sus herederos sin la expuesta aprehension pueden aprobar la enagenacion hecha por el marido, ó ellos mismos executarla de los citados bienes; como tambien la muger practicandolo con juramento (cod. n. vers. *Ex quo primo.*).

48 Quando la muger evinciere la dote que ella misma enagenó, no queda obligado el fiador que intervino para seguridad de la enagenacion (sino que recibiese en sí el peligro, y aseverase que el asunto no era contra ley); ya porque ésta fue *ipso jure nulla*, y por lo mismo no puede producir obligacion alguna civil ó natural que sirva de supuesto para la acusacion de fianza: y ya porque de lo contrario el fiador luego que pagase repetiría contra la

muger, y ésta por un medio indirecto quedaria privada del privilegio que tiene en los bienes dotales. Pero si el marido ú otro qualquier estraño los enagenase, queda obligado, tanto él mismo, como el fiador, por que la enagenacion de cosa agena es *ipso jure* válida. La propia distincion se verifica en la enagenacion hecha de bienes inmuebles del menor sin decreto judicial ó por éste ó por el Curador: pues executandola el primero, es nula la fianza; y si el segundo, queda por ella obligado asi éste, como el fiador que la formalizó (n. 60.).

49 Si el marido hubiese enagénado la cosa dotal sin annuencia y consentimiento de la muger, y ésta ó sus herederos disuelto el matrimonio la reivindicasen, queda obligado á la eviccion y saneamiento del contrato en favor del comprador, si éste compró ignorando aquel defecto de solemnidad; y si sabiendolo, solo será responsable á el precio de la cosa enagenada; á semejanza de las de alguna Iglesia distrahidas por su Ecónomo ú otro tercero (n. 61. G).

50 Aunque la enagenacion de la especie dotal se haga por la misma muger con permiso y licencia del marido, no se confirma por la disolucion del matrimonio, como aquella hubiese sido nula, y de consiguiente puede la muger recuperar los citados bienes de qualquier poseedor ó comprador aunque lo hubiesen ignorado, ya porque en este caso obran propiamente los privilegios concedidos á las mugeres en razon de sus dotes; y ya porque aun disuelto el matrimonio, ni pueden ratificar las enagenaciones

ciones hechas por sus maridos: ni ellas mismas ejecutarlas hasta que aprendan la posesion de la dote, segun queda manifestado en el §. 47. de esta ley (n. 62. H). Sin que sea de omitir que el marido durante el matrimonio puede recuperar la cosa dotal que él mismo hubiese enagenado, lo uno por interesarse en ello la utilidad pública, y lo otro porque aquel no viene contra su propio hecho, sino procede á nombre de la muger, y por intereses de ésta; y aunque el marido tambien los tiene en perceber los frutos dotales, pues le pertenecen, claro es que redundan el útil de ellos en beneficio de toda su familia. Y la misma repetición pueden hacer el Económico de alguna Iglesia, Tutor, Curador y otros semejantes en quanto á los bienes de aquella, impúbere ó menor (n. 63. Y).

51 La quinta especie de donación que se verifica entre los cónyuges es la simple y gratuita, llamada *inter virum et uxorem*. Esta por lo regular es nula, en tanto que ni aun produce obligación natural, ni por lo mismo admite fiador: siendo el fin de esta prohibición para que los cónyuges no se desprendiesen fácilmente de sus bienes á consecuencia del recíproco amor y cariño que el uno á el otro se tienen (n. 64. l. 4. y 5. tit. 11. p. 4.): bien es verdad, que la expuesta donación se confirma por muerte del que la hace, porque entonces, mediante la permanencia que de su voluntad tubo el donante, y quedar conferida para despues de su muerte, á seme-

V. 3

(H) Giurb. *ad consuetud. c. 15. glor. 12. n. 4.* Barbos. *rubric. solut. matrim. 3. p. 3. n. 13. et 21.*

(Y) Guzm. *de evict. q. 26. á n. 69.*

janza de un legado, cesa el motivo de la expresada nulidad (n. 65.): necesitándose verdadera ó ficta tradición de la cosa donada para la dicha confirmación. (cod. n. vers. *Unum tamen.*). Bien entendido, que ésta no se retrotrahe al tiempo de la donación para que se conceptúe desde luego válida, y de consiguiente trasladado el dominio en el donatario; sino solo en quanto á la pertenencia de los frutos producidos en el médio tiempo, cuya confirmación no se verifica por muerte del donatario, aunque sí por la que de ambos aconteciere á un mismo tiempo, como en alguna ruína, incendio, naufragio &c. De todo lo qual se deduce, que la citada donación no se confirma por muerte, quando se verificase premoritur el donatario, ó si el donante la revocase expresa ó tácitamente. (cod. n. vers. *Adde tamen. l. 4. tit. II. p. 4.*) En inteligencia, que lo antedicho no procede quando el matrimonio sea nulo, aunque se contraxese ignorando las partes su defecto; pues en este caso lo donado vuelve inmediatamente á el donante (cod. n. v. *Advertendum tamen.*)

52. Esta donación vale en dos casos siguientes: Primero: quando no sea mera, sino alguna venta, permuta, ú otro contrato óneroso. Segundo: haciéndose *causa mortis*, y así pueden los cónyuges donarse recíprocamente para que el superviviente goze los bienes del premuerto por el tiempo de su vida: Tercero: si la donación se executare para conseguir algunos honores, dignidad, ú otra cosa semejante. Cuarto: quando es remuneratoria; advirtiéndose que por tal se gradúa la hecha por un marido viejo é impotente en favor de su muger jóven é hidalga, por razón de estas dos circunstancias: Quinto: si en la dicha

chá donacion se verificare, que aunque el donatario de sus resultas enriquezca, el donante no quede mas pobre, como sucede renunciando el marido alguna herencia, legado, ó fideicomiso con el fin de que el substituto ó heredero legítimo, que lo sea acaso la muger, lo perciba: Sexto: quando interviene juramento: Septimo: si debiendo uno á otro alguna cosa, verificado tal dia, ó condicion la entregare antes de que llegue; porque el origen de la que parece gracia es oneroso y obligatorio: Octavo y último: quando la donacion es entre personas Reales, en todos los cuales casos cesa la razon de la prohibicion (n. 66. usque ad vers. *Advertendum tamen.*). Siendo digno de notar, que quanto queda expuesto acerca de la donacion *inter virum et uxorem*, tiene tambien lugar en los cónyuges de presente, y antes de consumado el matrimonio; porque aun se verifica entonces mayor afecto entre ellos para estimularles á una impremeditada liberalidad de uno á otro (eod. n. vers. *Advertendum tamen.*). Y aunque por derecho Real la prohibicion de la expresada donacion dura solamente un año contado desde la contraccion del matrimonio, porque hasta entonces se conceptúa el afecto graduado capaz para desprenderse los cónyuges con facilidad de sus caudales, sin embargo pueden verificarse en estas circunstancias las doctrinas antecedentes, confirmandose la donacion hecha dentro del año por su transcurso ó muerte del donante: y siendo validas desde luego las que en dicho intervalo y en los ocho casos arriba apuntados se formalizaren (eod. n. vers. *Hodie tamen.* l. 3. tit. 12. lib. 3. for. K.).

V. 4. Aun-

53 Aunque el cónyuge revoque la donacion hecha á el otro, no obra efecto alguno si éste tenga ya consumida la cosa donada en términos que no quede mas rico, pero quedandolo está obligado á satisfacer la estimacion del donadío á aquel que lo executó (n. 67.). Siendo digno de advertir, que aquellas dádivas hechas á el tiempo de la celebracion del matrimonio por estraños ó amigos en favor de ambos cónyuges, se deben comunicar como si fuesen gananciales entre uno y otro; pero si el donante era consanguineo del marido, pertenecen á este solamente; y en el caso de que por aquel se haga la dádiva á la esposa á el tiempo de los esponsales, ó en el mismo dia de celebrarse las nupcias, se estima como si el esposo la hubiese executado á la esposa, y produce los mismos efectos que la donacion llamada *Sponsalitia largitas*, de que queda tratado en el principio de esta ley. Mas si dicho consanguineo del marido hizo la dádiva á la muger después de aquel dia, durante el matrimonio queda reducida á una donacion *inter virum et uxorem*: y por conseqüente se confirmará pasado el año de haberse contrahido el matrimonio; excepto si hubo revocacion de ella, ó la muger premuriere (eod. n. ex verb. *Ex quibus utiliter necessario quero.*)

54 Vale la donacion hecha en favor de la concubina, no solo para su retencion, sino tambien para exigir lo prometido: excepto si el donante fuese Militar, Clerigo, Doctor, Abogado, Caballero del Orden de San Juan, Santiago, ó Calatrava; porque á estos se les confiscan semejantes donaciones, con el fin de estimularles á la separacion de semejantes tratos, tan impropios de sus respectivos minis-

terios, que à la verdad les impiden la consecucion del fin á que por dichas sus qualidades deben aspirar (cod. n. vers: *Item adde. L.*)

55 La sexta y última donacion que média entre los cónyuges en la que induce la ley en orden á la comunicacion y division que entre los mismos debe hacerse de todo lo lucrado y adquirido durante el matrimonio, por razon de la sociedad, promiscuo amor y trabajo de ambos en adquirir y conservar: para cuyo conocimiento debe deducirse primeramente los capitales que cada uno hubiese llevado á el matrimonio, á fin de que lo que resulte de mas se divida igualmente entre los cónyuges: excepto si entre estos se hubiese pactado la absoluta comunicacion de todos los bienes, no solo lucrados durante el matrimonio, sino también de los que á él llevasen (n. 69. l. 1. et. seq. tit. 8. lib. 5. Recopil.): debiendo en duda presumirse lucrados y adquiridos durante el matrimonio todos los que se encuentren, no probandose lo contrario: y aún por este inconveniente, y á fin de evitarlo será muy útil hacer instrumento público de los capitales que lleva uno y otro consorte (n. 70. dict. l. 1. tit. 8. lib. 5. Recopil.): bien es verdad, que todos los frutos que sobraren disuelto el matrimonio, ya sean producidos de los gananciales, ya de los patrimoniales, deben dividirse y comunicarse igualmente (cod. n. vers. *Fructus tamen. l. 4. tit. 8. lib. 5. Recop.*), aunque uno llevase mas capital que el otro, ó provengan del mayorazgo que algun cónyuge poseyese (cod. n. et vers. verb.

Item

(L.) *Vid. Antum. de donat. l. 1. preclud. 2. §. 7. Dian. tom. 8. tract. 4. resol. 56.*

Item extende.) : de que se infiere , cesar la disputa sobre á quien pertenezcan los frutos de los bienes parafrenales. La misma comunicacion admiten los que estubieren pendientes , y aparezcan ya á la vista, como la uba , acéituna &c. por que si fueren sembrados se dividen , aunque todavia no hubiesen nacido ; y si no hubiere siembra en el fundo , como cesa el motivo de la comunicacion , solo estará obligado su dueño de satisfacer á el otro cónyuge , ó herederos de él la mitad del importe de las impensas ó mejoramientos que se verificaren: tambien se comunica el fruto del ganado , aunque no haya nacido (n. 71. l. 10. tit. 4. lib. 3. for. 11.)

56 La comunicacion y division de los expresados bienes cesa en varios casos: Primero : entre los esposos de presente , antes de la mutua cohabitacion, y que se verifique el cuidado y diligencia de la muger en lo que corresponde; y aun por lo mismo esta no lucra cosa alguna de lo adquirido por el marido en el tiempo del divorcio ó separacion culpable á ella misma ; y no quando lo sea á el marido por razon de su sevicia y malos tratamientos (n. 72.) : Segundo : quando sean donados , ó por el Príncipe , como que es privilegio suyo , ó por algun particular, de quien no es presumible hacerlo por conrempcion de la tácita sociedad que se verifica entre los cónyuges , sino por la del propio donatario (cod. n. vers. *secundus*. M) : Tercero : siendo en qualquiera manera heredados , bien de pariente , ó bien de algun extraño : Quarto : quando sean castrenses , y pro-

(M) L. 5. tit. 8. lib. 3. Recopil. VII. Gutier. lib. 2. práct. quest. 119. y 120.

provenientes de estipendio militar; bien que sus frutos se comunican; pero no si sean quasicastrenses por no extenderse á esta prohibición alguna de su división (eod. n. vers. *Tertius est. N.*): Quinto: siendo enagenados por el marido durante el matrimonio sin fraude; y no para que la muger careciese de este luero (eod. n. vers. *Quintus est. l. 5. tit. 9. lib. 5. Recop.*); y esto aunque sea por donacion, como no se pruebe ser fraudulenta, ó ella lo sea por su naturaleza, qual la que se hace de todos los bienes; pues á inducirse dolo del mismo hecho de donar los bienes lucrados durante el matrimonio, serian estos inalienables, y sujetos á restitucion; además que la ley 5. tit. 9 lib. 5. Recop. que permite ir enagenacion de ellos, habia generalmente, no excluyó la donacion, que es especie de ella. De que se infiere no poder la muger solicitar parte ó estimacion alguna de los consumidos por el marido en juegos, ú otras cosas ilícitas, por que el fin directo en ello no es de defraudar á la muger, sino de soltar la rienda á sus vicios (n. 73.): Sexto y último: quando la muger, disuelto el matrimonio, viva luxuriosa y deshonestamente; por que entonces pierde los gananciales que la corresponden, y vuelven á los herederos del marido (eod. n. vers. *Sextus. l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopil.*).

53 En esto que el marido enagene dolosamente los bienes gananciales durante el matrimonio, y no existan, debe satisfacer á la muger de su patrimonio el importe que de ellos correspondia á esta; ó podrá descontarsele á aquel en la mitad de ganancia-

N) L. 5. tit. 8. lib. 5. Recopil. 5. Recopil.

ciales que le pertenecen: si hecha la correspondiente excusion resultare que el marido no tiene de que hacer pago, podrá repetirse por la accion revocatoria contra los que adquirieron los expresados bienes y aun desde luego, sin preceder excusion, si existieren en poder de ellos (n. 74.).

58 Aunque las leyes, costumbres, ó estatutos del domicilio de ambos cónyuges estén diferentes en quanto á la division de gananciales, exacción de dote, aplicacion de arras, y demás donaciones que median entre aquellos; siempre se ha de atender á las que rijan en el pueblo donde se contraxo el matrimonio, y otorgó el instrumento dotal (n. 75. l. 24. tit. 11. p. 4.). Siendo de tener presente, que el dominio y posesion de la mitad de gananciales pertenece á la muger *ipso jure*, sin que preceda para ello tradicion alguna; bien que puede renunciar de este derecho quando le parezca (n. 76. l. 47. vers. fin. tit 28. p. 3.).

59 La muger no lucra la mitad del usufructo que ya contrahido el matrimonio se consolidare con la propiedad respectiva á el marido en alguna cosa de su caudal, por quanto aquel derecho se conceptúa dimanado de la misma causa que la propiedad; y por tanto no es cosa distinta de esta para el fin de dicho lucro (n. 78.). En inteligencia, que aunque la muger fallezca sin declarar su voluntad en orden á la aceptacion ó renuncia de las gananciales, se transmite el derecho de ellos á sus herederos, como que es universal y proveniente de la disposicion de la ley (n. 79.). Sin que sea de omitir, que si el marido durante el matrimonio haga algun edificio, sobre suelo suyo, aunque lo construido ceda

á éste, se debe á la muger la mitad de su valor por razon de ganancias, las quales en lo que pertenecen á ella, deben quedar excluidas de la confiscacion hecha á el marido de sus bienes (cod. n. vers. *Item quero*): y las pierde, si disuelto el matrimonio, cometa adulterio; á exemplo de la herencia, legado, ó fideicomiso, que por aquel la fuere dexado; y lo mismo la dote (n. 80. l. 5. tit. 9. lib. 5. Recopil.).

LEY LIV.

LA muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento, ni ab intestato: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquier herencia ex testamento, et ab intestato con beneficio de inventario, y no de otra manera.

LEY LV.

LA muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no pueda hacer contracto alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningun contracto que á ella toque, ni dar por quitto á nadie del, ni pueda hacer quasi contracto, ni estar en juicio baciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: & estuviere por si, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que biciere,

LEY LVI.

Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraher, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia: y si el marido se la diere, vala todo lo que la muger hiciere por virtud de la dicha licencia.

LEY LVII.

EL Juez con conocimiento de causa legitima y necesaria compela al marido que de licencia á su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido. Etc si compelido no se la diere, que el Juez solo sela puede dar.

LEY LVIII.

EL marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia no embargante que la dicha licencia no haya precedido: ora la ratificacion sea general, ó especial.

LEY LIX.

Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proximo venir, ó corre peligro en la tardanza: que la justicia con conocimiento de causa seyendo legitima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger, la que el marido le habia de dar: la qual asi dada vala como si del marido sea.

1 Como el marido es dueño de los bienes dotales, su administrador y usufructuario, no admite duda que la muger carece de facultades para contratar en razon de ellos; y por lo mismo parecia, que no militando este motivo en los parafernales (pues el marido solo tiene su administracion), y demás que la muger lleva á el matrimonio *extra dotem*, podria ésta hacer contratos sobre ellos, aun sin permiso del marido: sin embargo como quiera que hoy los frutos producidos de qualesquier bienes pertenecen de por mitad á ambos cónyuges, y por esto resulta interesado aquel en las disposiciones y contratos que la muger practique sobre ellos; justamente previno nuestra ley 55., que á este fin haya de intervenir licencia de su marido; y mas quando aquella debe respetar á éste como cabeza, y se halla baxo su potestad, principalmente en tres cosas: Primera: en quanto á la residencia y cohabitacion que debe hacer con el marido: Segunda: en lo respectivo á la prestacion de obras que está obligada á hacerle; y tercera: en lo tocante á la sujecion que debe sufrir á la jurisdiccion y domicilio del marido (n. 1.).

2 Vale el contrato hecho por la muger sin licencia ó ratificacion de su marido, y aun sin la del Juez, siempre que á ella le sea útil, á semejanza del formalizado por el menor sin autoridad de su Tutor ó Curador: y aunque nuestra ley 59. da á entender, que aun en este caso deba intervenir licencia judicial en la expresion *ó provechosa á su muger*; esto no induce necesidad, y sí produce el efecto de la perpetua validacion del contrato, aunque despues
apa-

aparezca inútil: lo qual no es así en el que se executa por la muger sin permiso alguno; porque apareciendo despues inútil se deshace (n. 2.). Advirtiéndose, que no es necesaria la licencia del marido quando la muger contrata con él, ó le demanda alimentos, dote, ú otro qualquier derecho que le corresponda, en caso de irse aquel empobreciendo (n. 3.). Lo mismo quando ambos tratan con algun tercero, porque este hecho induce un tácito permiso (n. 4.: ó si la muger á presencia del marido practicare el contrato (n. 5.): ó éste despues lo ratificare (n. 6.): ó por último, quando aquella conciencia y paciencia del marido estubiese dedicada á alguna negociacion ú oficio, y quanto á ellos tratare y contratare (n. 7. l. 3. tit. 3. lib. 5. Recopil.).

3 Aunque el contrato hecho por la muger sin licencia del marido tenga la circunstancia del juramento, no vale; porque esta qualidad solo obra quando del acto en que interviene resulta interese unicamente á el mismo que lo formaliza; mas no si media el de un tercero qual es el marido en nuestro caso (n. 8.).

LEY LX.

Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio,

I YA queda dicho que todo lo ganado y adquirido durante el matrimonio se divide de por mitad entre marido y muger; bien es verdad, que ésta no lucra la mitad de los réditos pagados por

por aquel durante el matrimonio, que sean respectivos á algun censo que sobre sus bienes estubiese cargado antes de contraher el casamiento; porque la parte de la alhaja á que corresponden se conceptúa enagenada desde la imposicion del censo sobre ella. Pero si se redimiere, ó el marido pagare algun débito contrahido antes del matrimonio corresponden sin duda á la muger sus respectivas mitades (in princip. huj. leg. in not. Addic.).

2. Supuesto lo qual se duda si la muger podra renunciar la parte que de los gananciales la corresponde; con motivo de que pasando *ipso jure* á ella el dominio de estos bienes, viene á ser la renuncia una especie de donacion *inter virum et uxórem*, la qual es prohibida; pero como esta translacion de dominio no es real y verdadera, sino ficta y revocable, de forma que el renunciante no se hace mas pobre, ni disminuye su patrimonio por no haberse verificado efectiva incorporacion en el de dicha mitad de gananciales; justamente nuestra ley 60. permite su renunciacion, bien se haga durante el matrimonio, y antes ó despues de él: en cuyo caso no está obligada la muger á pagar de por mitad las deudas contrahidas por el marido ya celebrado el casamiento (. n. unic:).

LEY LXI.

DE aquí adelante la muger no se pueda obligar por fador de su marido, aunque se diga y alegue, que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger, Y asi mismo mandamos, que quando se obligare á mancomun marido, y muger en un con-

trato, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna: salvo si se proovare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo qual todo lo que dicho es se entienda si no fuere la dicha fianza ó obligacion á mancomun por *maravedis* de nuestras rentas, ó pechos derechos dellas.

Aunque regularmente puede intervenir fianza por qualquier debito y obligacion, no le es facultativo á la muger otórgarla en favor de otro, por la fragilidad de su sexó: á cuyo fin le compete la excepcion del Senado-Consulto Veleyño, no solo para resistir la solucion, sino tambien para repetirla en caso de haberla ya hecho (n. 1. l. 1. y 2. tit. 12. p. 5.); excepto si pasados dos años ratificase la fianza, ó repitiese de nuevo su otorgamiento, ó renunciase de ella, en cuyos tres casos queda eficazmente obligada (eod. n. vers. *Quod tamen*): bien que aun en ellos, intercediendo por el marido, sucede lo contrario, por mas que el débito se hubiese convertido en su utilidad (n. 2. et ist. l. 61.). y esto se acredítase evidentemente, en tanto que ni aun por razon de equidad, y accion de *invenio* se le podrá obligar á que pague; porque la prohibicion de la ley es general, y constituye diferencia entre este caso, y el de que la muger se obligue de mancomun con su marido (end. n. vers. *Advertendum tamen.*). En

2 En caso que la muger se obligue de mancomun con su marido, solo es responsable en quanto á aquello que resulte convertido en utilidad de ella (n. 3.); para lo qual no basta la confesion de la misma, sino es una real y verdadera justificacion para evitar el fraude que se presume haber intervenido entre los cónyuges (cod. n. vers. *Item quaro.*). Y si no resulte utilidad alguna á la muger, queda obligado el marido enteramente por no ser respectiva á éste la razon de dicha prohibicion (cod. n. vers. *Quaro tamen.*).

3 La muger bien puede obligarse como principal, y el marido en calidad de fiador; por quanto la prohibicion de nuestra ley procede únicamente en el caso contrario, y en el de que la obligacion sea de mancomun con el marido, no resultando utilizada: bien es verdad, que si se acreditaré intervencion de fraude en el caso primero tampoco quedará obligada (n. 4.).

4 Las protextas solo obran quando son respectivas á un acto que solo pende de la mera voluntad del que lo executa; mas no si para ello concurre tambien disposicion y precepto de ley. De que se deduce, que la protexta que se induce tácitamente en el marido quando contrahe de mancomun con la muger, orden á que la utilidad que á esta resulta no se tenga con concepto de alimentarla, vestirla &c. es de ningun efecto, porque la ley le obliga á esta contribucion: y así quedará enteramente obligado, si del tal contrato no resulte la muger utilizada en el aumento de su patrimonio, ó en otro qualquier concepto distinto del de la obligacion del marido (n. 5.).

5 Aunque por derecho comun era igual la pro-

hibicion de fianza en la muger, tanto para con un Particular, quanto en favor del fisco: hoy á presencia de nuestra ley sucede lo contrario; y así queda obligada por débitos públicos y fiscales, bien en concepto de fiadora, bien en el de correa con el marido (n. 6. et ist. l. 61.).

LEY LXII.

Ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de delicto pueda ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona.

LA muger no puede ser presa por deuda civil (n. 1.): excepto si sea Tutora, ó Curadora de sus hijos, y haya renunciado del Veleyano, y de todo auxilio legal (n. 2.): ó osea pública ramera; aunque estando casada no debe encarcerarse (n. 1. vers. *Quod tamen intellige.* XLII.). En inteligencia, que muger ramera se llama aquella que se trae por el lupanar ó sitio público para excitar á la entrega de su cuerpo, ó la que por lo menos admite á dos, y les lleva su contingente (el qual puede retenerlo, y aún pedir el prometido, respecto de ambos fueros n. 3. vers. *Item adde.*); y aunque no lo interese, siempre que se dé con quarenta: ó por último, se porte con traje y vestimenta propia de tan detestable exercicio (n. 3.).

LEY

XLII. Aunque la muger ramera no puede ser presa por debito civil estando casada; esto cesa quando el marido lo consiente, y no en otra forma. Dom. Covarr. *tit. 8. §. 11. n. 6. de matrim.*

LEY LXIII.

EL derecho de executar por obligacion personal, se prescribe por diez años. y la accion personal, y la executoria dada sobre ello, se prescribe por veinte, y no menos: pero donde en la obligacion & hipoteca, ó donde la obligacion es mixta personal y real la deuda se prescribe por treinta años, y no menos.

I EL derecho de executar por obligacion personal se prescribe por diez diez años, aunque haya mala fe en el deudor prescribente; porque en esto no se le quita á el acreedor la accion ordinaria para solicitar la cobranza del débito; sino solo un procedimiento executivo, como tan rigoroso, en pena de su descuido, y negligencia (n. 1. O); pero la misma accion personal contenida en instrumento público y quarentigio dura por veinte años (n. 2.); y aún por treinta siendo hipotecaria, bien se intente contra el deudor ó sus herederos, bien contra un estraño. Con advertencia, que pasados diez años sin haberse pedido los réditos de un censo, no solo queda prescripto el derecho de executar por los pretéritos y débengados en dicho tiempo, si tambien por los futuros que vayan cayendo (n. 2. vers. *Quoad tertiam*. XLIII.).

X 3

Tam-

(O) Carleb. de judic. tit. 3. disp. 4. nn. 3. y 20.

XLIII. Quando pasan diez años ó mas sin pedir los réditos de algun censo, se usa y practica la cautela de pe-

318 SOBRE LOS COMENTARIOS

2 Tambien se prescribe por el tiempo de treinta años la accion mixta, personal y real, qual es la *familia ereiscunda, communi dividundo &c.*, y lo mismo aunque sea *merè* real (n. 2. vers. *Quoad quartum.*). Procediendo todo lo antecedente en lo que mira á el derecho accion, y remedio para pedir la deuda á aquel que carece de título, y derecho en ella; porque si se trate de proceder contra el poseedor de alguna cosa, que lo sea con título, y buena fe, no son entonces aplicables las doctrinas de esta ley, y sí las respectivas á la materia de prescripcion de que por ahora se prescinde (n. 3.).

LEY LXIV.

POR quanto en las ordenanzas que hicimos en la Villa de Madrid, à quatro dias del mes de Diciembre, del año pasado de mil y quinientos y dos años hay una ordenanza, el tenor de la qual es este que se sigue.

Otro si por quanto por la ley por nos fecha en las Cortes de Toledo, ovimos ordenado, que si los deudores que devian algunas deudas, en quien son fechas execuciones por contratos, obligaciones, ó por sentencias á pedimento de los creedores, en los deudores, ò en sus bienes, alegaren paga, ó otra excepcion que sea de recibir, que tengan diez dias, para la provar, y no se declara desde quando han de

pedir execucion por los debengados en los nueve años y dos tercios últimos, con la protexta de solicitar los anteriores en via ordinaria.

correr los dichos diez dias, declaramos y madamos, que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion. Y pasados los dichos dias, si no provare la dicha excepcion, que el remate se haga como la dicha ley lo dispone, sin embargo de qualquier apelacion que della se interpusiere dando el creedor las fianzas, como la dicha ley lo manda. Y porque nuestra merced y voluntad es que la dicha ordenanza aya cumplido efecto. Por ende mandamos, que lo contenido en ella se guarde, y cumpla, y execute como en ella se contiene: sin embargo de qualquier apelacion, que dellas se interpongan para ante nos, ó para ante los Oidores de nuestras audiencias, ó para ante otros qualesquier Jueces, ó qualquier nullidad que contra la dicha execucion, y remate se alegue.

I Aunque atendido el derecho antiguo, los instrumentos por públicos y autorizados que fuesen, no trahian aparejada execucion, por depender toda la virtud y eficacia de qualquier género de prueba de la sentencia definitiva: excepto en algunos casos especiales, como el de juramento, confesion, testamento, y otros n. 2. y 3.): sin embargo hoy pueden mandarse á execucion, aunque carezcan de la clausula guarentigia (n. 4. l. 1. y 2. tit. 21. lib. 4. Recop.): y solo contra ellos se admiten las excepciones de ley, y en el preciso término de diez dias, que corren de la oposicion; los quales pasados sin haberse propuesto ó justificadose alguna, se debe sentenciar la causa de remate, y proceder á éste dandose primeramente por el executante la fianza de la ley de Toledo, reducida á que

volverá la cantidad que percibiere siempre que por la superioridad sea revocada la providencia de remate (n. 1.): cuyo efecto no lo suspende apelacion, ni excepcion alguna, sino la de nulida, proveniente de defecto de jurisdiccion; como si el Juez estubiese recusado, y determinase sin acompañado; pues no habiendo Juez, menos puede haber sententia (cod. n. 1. in not. Addic.).

2 No solo ha lugar execucion contra el deudor obligado por instrumento executivo, sino tambien contra sus herederos, cuya qualidad, y la de haber aceptadose la herencia por estos, debe acreditarla el actor, ó á el ingreso del juicio, ó en el término de la oposicion (n. 5. P); bien es verdad, que no se puede executar á el heredero dentro del tiempo que la ley le concede para hacer inventario (cod. n. ex verb. *Item etiam intellige* XLIV. (Advirtiendo, que este derecho executado no solo compete á el acreedor, sí tambien á sus herederos (n. 6.): y procede tanto por la deuda, y promision expresa, quanto por la presunta y virtual, qual es la restitucion de la dote, inducida del mismo hecho de haber confesado el marido su entrega y recepcion. Sin que pueda mandarse á execucion el instrumen-

(P) Dom. Olea t. 6. qu. est. 4. n. 12. Carley. de judic. tit. 3. disp. 9. n. 3.

XLIV. Esta doctrina solo procede en quanto á las deudas testamentarias, como legados, fideicomisos &c., mas no respecto de aquellas que contra sí tubiese el difunto en favor de algun otro; las quales pueden pedirse luego que pasen nueve dias de haber aquel fallecido. Gutt. de jurament. confirm. 2. p. c. 4. n. 20. Paz in sua Prax. 1. tit. 4. p. c. 1. n. 43.

to hecho sobre el inquilinato y satisfaccion de sus alquileres, por los debengados en el tiempo de la tácita reconduccion que haya inducido la permanencia del inquilino en la misma casa, sin embargo de haber transcurrido el tiempo estipulado para el primer arrendamiento: por quanto el referido instrumento no fue prorrogado y renovado tácitamente (eod. n. vers. *Item etiam adde.*). En inteligencia, que no solo es ejecutivo el instrumento comprehensivo de obligacion pura, sino tambien de la que sea *in diem*, ó condicional, venido que sea el dia ó verificada la condicion (n. 7.).

3 Aunque el instrumento éste hecho en País donde con arreglo á sus leyes, no tenga fuerza de ejecutivo, lo será sin embargo en el en que conforme á las suyas la tenga: y por el contrario no deberá mandarse á execucion en éste; si segun sus estatutos no tenga efecto ejecutivo, por mas que en aquel lo tubiese; porque en lo respectivo á el orden y método judicial son atendibles los establecimientos del territorio donde pende el juicio, aunque en lo que mira á la substancia del contrato prevalecen los de aquel donde se hubiese hecho (n. 8.).

LEY LXV

LA interrupcion en la posesion interrupta causa la prescripcion en la propiedad, y por el contrario la interrupcion en la propiedad interrupta la prescripcion en la posesion.

Para la mejor comprehension de esta ley se hace preciso manifestar que hay posesion, dominio ó propiedad, usucapion ó prescripcion; interrupcion y perpetuacion. De la esencia de las dos primeras especies ya queda expuesto lo suficiente en la ley 45. Usucapion ó prescripcion se verifica quando alguno retiene cosa agena con título y buena fe por el tiempo prefinido por derecho. Interrupcion en anulacion ó revocacion de la usucapion y prescripcion ya empezada: v. g. por la reconvenccion que se haga à el poseedor en aquel tiempo, estando presente, y contexta la demanda; ó en ausencia por sola la citacion y presentacion de libelo. Perpetuacion es prorrogacion de la prescripcion: y se verifica únicamente quando el poseedor reconvenido por el dueño de la cosa contexta la demanda; pues desde entonces se le perpetúa á éste su accion, y le dura por espacio de quarenta años (n. 1.).

2. Esto supuesto, dexa entenderse la primera parte de esta ley, y reducese su sentido á que interrumpido el reo, reconvenido en la posesion que tiene sobre la cosa (se entiende de la civil y natural juntamente porque no bastará perderse ésta, y quedar aquella), se interrumpe la prescripcion en quanto á la propiedad. Interrupcion y pérdida de ambas posesiones se verifica quando por inundacion ú ocupacion de persona poderosa, ú otro motivo semejante, se hace imposible ó dificil la recuperacion de la cosa. Lo mismo por larga ausencia del poseedor, como de diez ó mas años, de que se induce un total olvido y pérdida de la posesion que se tenia en la cosa (n. 2. l. 14. tit. 30. p. 3.).

En

3 En quanto á la inteligencia del segundo particular que comprehende nuestra ley, no es otra que la de quedar interrumpida la prescripcion de la posesion, verificada interrupcion en la de propiedad. Esta especie se comprehende á la satisfaccion en el caso de que poseyendose una cosa por año y dia con título y buena fe, se prescribe con arreglo á la ley Real laposesion de ella: pero si en este intervalo se le pusiere á el poseedor demanda de propiedad, queda interrumpida la prescripcion que se iba causando en la expuest posesion (n. 4. l. 3. tit. 15. lib. 4 Recopil.).

LEY LXVI.

*N*inguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero, que le sea puesta, sin que preceda informacion de la deuda, á lo menos sumaria de testigos, ó de escriptura authentica.

I Constando por sumaria informacion de solo dos testigos, aun sin citacion, de la deuda aunque sea ilíquida, pobreza (esto es, que el deudor carece de bienes raíces, á lo menos poseidos con título y buena fe, y en el territorio de aquella jurisdiccion: á cuyo fin se gradúa por arraigo suficiente el derecho de percibir ciertos réditos anuales sobre finca determinada, y para ello especialmente hipotecada n. 1.). y sospecha del deudor, debe por éste darse fianza de arraigo, para que si se ausentare y desamparare el seguimiento del juicio, no quede éste ilusorio: y en caso de negarse á dar esta seguridad, se le debe poner preso hasta que lo execute (n.

(n. 2. l. 2. tit. de los empl. lib. 3. for.): ó sequestrar sele los bienes que tenga, con prohibicion de enagenarlos; todo lo qual procede, no solo respecto del débito puro y de presente, sino tambien del futuro y condicional (eod. n. 2. vers. *Item etiam.*).

Si la sospecha y causa que motiva dicha fianza ya la hubiese á el tiempo del contrato, no está obligado el deudor á darla; debiendo imputarse á sí mismo el acreedor en haber contraído con persona pobre y sospechosa: de forma, que la obligacion de afianzar de arraigo solo procede quando el motivo de ello supervino despues del contrato, aunque sea inculpable á el mismo deudor (n. 3.).

LEY LXVII.

Ningun juramento, aunque el fuez lo mande hacer, ó la parte lo pida, no se haga en Sant Vicente de Avila, ni en el herrojo de Sancta Agueda, ni sobre altar, ni cuerpo sancto, ni en otra Iglesia juradera so pena de diez mil maravedis para la nuestra camara, y fisco, al que lo jurare, y al fuez que lo mandare, y al que lo pidiere, ó demandare.

Aunque por derecho antiguo qualquier juramento decisorio, ó decalurnia, voluntario, ó necesario debia hacerse en el modo y forma comun; no obstante interviniendo consentimiento y voluntad del interesado, podia formalizarse en qualquier Iglesia, lugar piadoso ó cosa sagrada (n. 1. l. 1. jura 19. tit. 11. p. 3.): bien que que no era, ni es lícito el juramento *purgationis*, reducido á arrojar se á un inminente peligto, como fuego, guerra &c.

y querer parecer en él, si no es cierto lo que se afirma, el qual no produce efecto alguno, aunque de hecho se execute; pues en ello es visto tentar á Dios, mediante á poderse verificar la casualidad de escapar bien de aquel peligro, y atribuirse esta felicidad á una verdadera asercion, que acaso puede ser falsa. Y por militar igual inconveniente respecto de las cosas sagradas, que expresa nuestra ley, con motivo de advertirse algunos milagros en ellas, justamente se prohibe jurar sobre las mismas, aunque el Juez lo mande, ó la parte lo pida (cod. n. ex verb. *Quod limita*. XLV.). Advirtiendose, que qualquier del pueblo puede acusar el delito en esta ley contenido por estimarse público, como que mira á la ofensa de Dios, é injuria comun; á exemplo del crimen de blasfemia (n. 2.).

LE Y LXVIII.

SI alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion, que si no pagare á ciertos plazos, que caya la heredad en commiso, que se guarde el contracto, y se juzgue por el, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad.

PARA la perfecta comprehension de esta ley se debe tener presente: Primero: que hay pro-
pio

XLV. El Señor Covarruvias en el libro 6. de sus varias resoluciones cap. 24. refiere dos exemplares del juramento llamado *purgationis*; y tambien la formula de que se usaba para consagrar el hierro ardiendo á fin de conseguir la indemnidad del innocente ó el castigo del culpado.

pio y verdadero dueño de la cosa, qual es el que tiene un absoluto derecho en ella: Segundo: quasi dueño, que es el que la posee con título y buena fe, con motivo de haberla adquirido del que no era señor de ella, creyendo lo fuese: y aun por esto tiene facultad para prescribirla: Tercero: propietario, que es el que tiene únicamente la propiedad de la alhaja: Quarto: usufructuario, en quien reside solo el usufructo de ella: Quinto: superficiario, á quien no compete mas que la superficie de la cosa adquirida, ó por compra; ó por cierta pensión anual, y carece del derecho respectivo á el suelo y fundamento de aquella. En inteligencia, que la virtud y efecto de este contrato consiste en poder el superficiario vindicar la cosa en el concepto de Señor útil; denunciar alguna nueva obra que sobre ella se esté construyendo; bien que por el caso de la superficie por caso fortuito, queda aquel privado de su derecho, aun quando quiera levantarla á sus expensas: Sexto: feudatario, que es el que recibe alguna cosa inmueble de su dueño para usarla y usufructuarla, con el gravamen de hacersele á este por aquel ó sus herederos varones algun servicio personal anualmente (n. 1.): Séptimo: emphiteuta, que es el que recibe cosa inmueble de su dueño con translacion del dominio útil, y se impone, ó promete pagar perpetuamente alguna pensión anual en reconocimiento del directo dominio que queda en el dueño de aquella (n. 2. l. pen. et fin tit. 8. p. 5.): Octavo y último: censuario: que es aquel que recibe alguna cosa inmueble en dominio útil y directo, con la obligación de pagar perpetuamente á el de quien la adquirió cierta pensión anual (eod. n. ex verb. *Quidam*

est. XLVI.) También aquel que por razon de un principal en que se entrega, ó graciosamente impone sobre alhaja suya inmueble algun contingente anual, ó para siempre ó por tiempo. Lo mismo el que recibe de otro alguna cantidad, con tal que se haga suya, y quede obligado á la satisfaccion de cierto anual, sin imponerlo sobre cosa alguna: cuyo contrato es licito, y nada tiene de usurario: por carecer de todo concepto de mutuo; de forma, que en todas tres clases de censo tiene lugar lo prevenido en esta ley. (cod. n. vers. *Ex quibus.* XLVIII.)

2 De las repectivas definiciones del imphiteuta y censuario se infiera diferenciarse uno de otro en que aquel no pagando en tres años continuos el canon á el dueño directo, pierde su derecho; y lo mismo si sin notificarlo, y requerirle á éste primeramente, vendiere ó enagenare la cosa que tiene en *emphiteusis*. Todo lo qual por el contrario se verifica en el censuario, porque este es dueño absoluto de la cosa gravada con el censo, y solo tiene la obligacion de pagar su pensión, sin quedarle á el que la percibe derecho alguno sobre aquella: excepto si entre los contrayentes se pactare, que no pagandose el censo en este ó esotro tiempo, la alhaja caí-

ga

XLVI. Este censo llaman los Prácticos reservativo, por reservarse el que entrega la cosa el derecho de percibir cierto anual en ella. Felician. *de cens. q. 1. n. 5. y 6.*

LXVII. Aunque nuestro Maestro expresa ser legitimo censuario el que recibe de otro alguna cantidad sin inponerla sobre cosa alguna, á fin de pagarle á éste cierto anual sin embargo lo contrario está mas bien admitido: de forma. que el censo personal es usurario, y de consiguiente ilícito, Vela *dissert. 35. n. 17.* Guttierr. *pract. quest. lib. 2. c. 177.*

ga en comiso, ú otras cosas semejantes, que entonçes es con arreglo á nuestra ley se deberá observar esta convencion (n. 3. l. pen. y fin. tit. 3. p. 5.); y lo mismo la pena puesta en ella, aunque exceda en mas de la mitad del justo precio, por la mucha incertidumbre que en este caso hay para regular la lesion (n. 4.). Sin que sea de omitir, que hallandose reconvenidos el emphiteuta, censuario ó inquilino por atrasos de sus respectivas pensiones, y no puedan acreditar su solucion, les bastará manifestar tres documentos de los tres últimos años en que lo hayan executado (n. 5. Q).

LEY LXIX.

Ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solamente de los presentes.

Aunque atendido el derecho antiguo era nula la donacion de todos los bienes presentes y futuros por ser una especie de pacto y promesa de suceder (de cuya prohibicion y motivos para ella queda expuesto lo suficiente en la exposicion de la ley 22.): y subsistia la hecha únicamente de los presentes, como que el donante podia adquirir en lo futuro, y dexar instituido por heredero á otro distintos del donatario; sin embargo por nuestra ley 69. está prohibida la donacion de todos los bienes, aunque hecha únicamente de los presentes, por ser una liberalidad que cede en perjuicio del publico.

(Q) Vid. Parej. de edit. tit. 7. resol. 10. á num. 20. Castilla de alim. c. 39.

en interesarse éste en que aquellos no se disipen por sus dueños con tanta prodigalidad (n. 1.). excepto si el donante reservase alguna cosa de consideracion, ó el usufructo de los bienes donados, por el tiempo de su vida, de forma que pudiese testar de aquella, ó de los frutos que percibiese, ó de su precio (n. 3. R.), ó la donacion fuese jurada: á exemplo de la enagenacion de la cosa dotal, contrato de menor, y otros actos, que aunque nulos y reprobados por derecho, subsisten teniendo la circunstancia del juramento; y aunque la donacion hecha de todos los bienes presentes y futuros no vale aún con dicha qualidad, lo motiva ser contra buenas costumbres, y quitarse por ello la libertad de testar: cuyo inconveniente no se verifica en la executada solo de los presentes, mediante la posibilidad de adquirir algunos en adelante, y hacer testamento de ellos (n. 4. S). Con advertencia, que careciendo esta donacion de las circunstancias de reserva ó juramento que van expuestas, no vale en cosa alguna, por ser hecha en fraude de la ley. Y aunque con arreglo á la ley nueve tit. 4. p. 5. la que excede de 500. sueldos, no valiendo sin insinuacion, subsiste por lo menos: en esta cantidad que necesita semejante solemnidad: ya se manifiesta haber cantidad señalada, en que pueda valer, lo qual no se verifica en nuestro caso (n. 2.).

Y 2. Vale la donacion que en favor de un extraño

Y

ha

(R) Dom. Castell. *lib. 4. controo. c. 53. n. 21.* Dom. Molin. *de primog. lib. 2. c. 10. à n. 22.*

(S) Dom. Covarruv. *in rubric. de testam. p. 2. n. 14.* Gu-tierr. *de juram. confirmat. c. 11. n. 13.*

hace el padre de la quinta parte de su caudal, teniendo hijos, y aunque esté obligado á dexarles precisamente las otras quatro partes como legitima de ellos, y por lo mismo no teniendo otro caudal de que disponer libremente que el quinto, la donacion que de él haga parece ser de todo lo presente: sin embargo, como en realidad el dominio del caudal reside en el padre, hasta cuya muerte los hijos nada adquieren, y lo que es mas, usufructuar todas las cinco partes; de forma que con este motivo puede adquirir efectos ó dinero para disponer extra del quinto donado justamente vale la donacion que de él haga el padre en favor de extraño, aunque tenga hijos (cod. n. vers. *Quarto quaro.*).

3 No vale la donacion de todos los bienes presentes, aunque se haga por causa de muerte; porque si executada en estos términos se equipara á la última voluntad en quanto á sus efectos y confirmacion: no es así respecto de la forma, solemnidad y ordinacion: en cuyos tres particulares se asemeja á el contrato (n. 5. T).

4 Es válida y subsistente la donacion de todo lo presente en favor de Iglesia ó lugar pio, con tal que el donante sea alimentado por éstos: pues pudiendo qualquiera ofrecer á la Religion su persona y bienes presentes y futuros, mucho mas podrá donar el caudal presente (n. 6. l. 1. tit. fin. p. 5.).

LEY

(T) *Vid. Dom. Castell. lib. 4. controv. c. 3. n. 11. Parlad. rer. quot. 2. c. 8. n. 3. Fontanel. de pact. claus. 4. glos. 11. p. 2. n. 56.*

LEY LXX.

LA ley del fuero, que habla cerca de sacar el pariente mas propinquo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, aya tambien lugar, quando se vendiere en él á moneda pública, aunque sea por mandamiento de juez, y los nueve dias que dispone la ley del fuero, se cuenten en este caso, desde el dia del remate, con tanto que consigne el que lo saca el precio, y haga las otras diligencias que dispone la ley del fuero, y la ley del ordenamiento de Nueva, y asimismo aya de pagar el comprador las costas, y el alcavala, si las pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada.

LEY LXXI.

Quando muchas cosas fueren vendidas por un precio, que sea de patrimonio, ó abolengó que el pariente mas propinquo no pueda sacar la una, y dexar las otras, sino que todas las aya de sacar ó ninguna dellas: pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso puede el pariente mas propinquo sacar la que dellas quisiere, haciendo las diligencias, y solemnidades en las dichas leyes del fuero, y ordenamiento contenidas.

LEY LXXII.

Quando la cosa que es de patrimonio, ó abolengó se vendiere fñada, que el pariente mas propin-

Y 2

qua

quo la pueda sacar por tanto asimismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias de fianzas bastantes, vista de nuestra justicia, que pagara los maravedis, porque asi fue vendida al tiempo que el comprador estaba obligado.

LEY LXXIII.

Quando el pariente mas propinquo no quisiere, ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo siguiente en grado, la pueda sacar: y ansi vayan de grado en grado por todos los parientes, dentro del quarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del fuero y ordenamiento.

LEY LXXIV.

Quando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, con el que tiene parte en ella, porque era comun, preferrase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propinquo.

LEY LXXV.

Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro, en caso que segun la ley de la partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto sea obligado el que la quisiere sacar, á consi-

signar el precio en el tiempo y termino, y con las diligencias, y solemnidades de la manera que la pudiere sacar el pariente mas propinquo, quando fuera de su patrimonio y abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes aya lugar, y se platicque en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida, por el tanto.

EL derecho de retracto ya no estaba admitido por derecho comun mediante á cohartar el libre arbitrio que qualquier dueño tiene en sus cosas para disponer de ellas segun le parezca; pero por nuestras leyes se permite con motivo de la lícita y natural afeccion que todos tienen á los bienes de sus mayores; y aun de aquí dimana la exclusion que hace á un estraño qualquier consanguineo del difunto. succediendole *ab intestato*: la prelacion de la tutela: poder parecer en juicio en favor de pariente sin mandato: y tener preferencia en acusar el delito cometido contra éste (n. 1.). Advirtiendose, que el caso propio del retracto está reducido á que el pariente dentro del quarto grado pueda retraher del comprador dentro de nueve dias, y por el mismo precio la cosa inmueble que le hubiese sido vendida por el consanguineo de aquel, y heredada por este de algun ascendiente comun, de quien tanto el vendedor, como el retrahente desciendan: porque si el primero que adquirió la alhaja de algun estraño fuese pariente colateral del que intenta el retracto, no tendrá lugar este derecho, aunque sea vendida por hijo, nieto &c. de dicho adquirente, mediante á no descender tambien de éste mis-

mo el que trata de retraher (n. 2.). En inteligencia, que la cosa sobre que se intenta el retracto debe ser de abolengo, esto, es, habida por el vendedor desde luego de su abuelo, premuerta la persona media; ó adquirida por esta primeramente, y despues por su fallecimiento trasladada por herencia á el nieto que ahora vende; de forma, que para haber lugar á el retracto, no basta que la cosa la haya adquirido de un extraño el padre del vendedor, -y despues recaiga en él: antes bien es indispensable, que por lo menos dimane del abuelo de este mismo (n. 3.).

2 El hijo natural puede retraher, por fundarse este remedio en el derecho de sangre, y razon de equidad: pero el expurio, incestuoso, ó habido de punible ayuntamiento, como que no es consanguineo cierto, ni del linage, casa y tronco de los padres ó ascendientes, carece de aquel privilegio (n. 4. U).

3 El hijo desheredado tiene derecho de retraher; porque aunque por la exheredacion pierde los de suceder, no es así respecto de los primordiales de sangre (n. 5.). Lo propio por igual motivo se verifica en el que hubiese renunciado con juramento de la herencia del padre (n. 6.). Sin que por dicha razon deba denegarse el expuesto beneficio á las personas Eclesiásticas, bien *active*, tratando estas de retraher, ó bien *pasive*, vendiendo la cosa, é intentado el retracto un pariente suyo (n. 7. X).

Co-

(U) Gutierr. lib. 2. *pract.* q. 155. Covarr. *de matrim.* c. 8. §. 10. n. 4.

(X) Id. Gutierr. *dict.* lib. 2. c. 156.

4 Como el derecho de retraher solo compete á los parientes, ni lo transmiten á heredero extraño, muriendo en el medio tiempo que pudiesen haberlo intentado, sino que estubiese preparado por contextacion ú otro medio (n. 8.): ni lo pueden ceder en favor de persona que por sí carezca del expuesto beneficio (eod. n. vers. *Item quero.* Z): ni pasa á el Monasterio por la entrada en el del pariente á quien correspondiese (n. 9.): ni vendiendose por aquel la cosa del Religioso propia de abolengo, puede retraherla consanguineo alguno de este, como que el vendedor, en quien reside ya el dominio de ella, es persona extraña respecto del tal retrahente (n. 10.).

5 Aunque el pariente del vendedor que muere en el término de los nueve días concedidos para intentar el retracto le sea heredero, no queda excluido de este derecho, como que permanece la razón de parentesco, y lexos de improbar el hecho del difunto, mas bien lo confirma con resistir la venta, queriendo mas bien que esta quede en su favor (n. 10. vers. *Item quero.*).

6 El condenado á muerte civil, qual es el deportado ó destinado á galeras, puede retraher, aunque no haya interpuesto apelacion, ni se halle en el término de ella, por no quedar hoy siervo de pena de resultas de aquella condenacion. Pero si este sentenciado á muerte natural carece del expuesto privilegio, excepto si hubiere apelado, ó esté en términos para ello, porque incurre en la servidumbre de pena á consecuencia de dicha sentencia (n. 11.).

Y 4

XLVIII.)

XLVIII.). Tambien puede retraher el Juez lere territorio de su jurisdiccion, aunque no contraher; porque la razon de esta prohibicion consiste en el temor é impresion que es presumible en los súbditos para sufrir qualquier perjuicio, siendo aquel parte en el contrató: cuyo inconveniente cesa en el retracto por estar ya hecho el convenio y ajuste con el comprador quando el Juez llega á intentar aquel remedio (n. 12.).

7 Aunque la cosa la haya comprado algun pariente, puede retraherla otro mas inmediato. Y si el comprador, y el retrahente se hallen en un mismo grado, tendra lugar este remedio *pro parte* (n. 13.). Con advertencia, que el pariente á quien le compete, no puede ser precisado por los contrayentes á que manifieste su voluntad, esto es, si quiere usar de él, ó no; porque á este fin tiene por la ley el término de nueve días; bien es verdad, que si expresare su voluntad, carece de arbitrio para intentar despues el dicho beneficio (n. 14.).

8 Si fueren vendidas muchas cosas en un mismo precio, todas deben retraherse, y no unas sin otras; excepto si las de cuyo retracto se dispute sean de abolengo, y las demás no tengan esta qualidad; ó cada una tenga su aprecio separando (n. 15.). Siendo digno de notar, que aunque la alhaja sea vendida

XLVIII. El condenado á muerte natural con arreglo á la ley 4. de Toro, y lo que expusimos en razon de ella, no queda hoy siervo de pena, y asi puede celebrar contratos, y de consiguiente retraher, aunque no haya apelado, ni esté en tiempo para apelar.

dida por cierto precio, y alguna otra cosa juntamente, se gradúa por contrato de venta, y de consiguiente ha lugar á el retracto siempre que la cantidad sobrepuje á el precio de lo que con ella se diere: pero sucediendo por el contrario, se estima permutacion, y por lo mismo cesa el exercicio del citado remedio (n. 15.).

9 Los nueve dias concedidos por la ley para el retracto empiezan á correr desde la entrega de la cosa, y no desde el tiempo del contrato; ya porque el establecimiento fue para que la halhaja de abofengo no saliese de la familia; cuyo concepto no se verifica hasta su entrego, como que antes de ella ni hay enagenacion, ni por consiguiente translacion de dominio; y ya porque de lo contrario sería muy facil que el pariente que hubiera de retraher careciese de noticia para ello, haciendose la venta sigilosamente entre los contrayentes, sin entrega de la cosa; y así quedaria defraudado del expuesto beneficio (n. 16. Y aunque nuestra ley 70. previene, que el expresado término corra desde el dia del remate en las ventas judiciales, lo motiva ser un acto público; de suerte, que puede facilmente saberse por algun pariente, y este intentar el retracto (eod. n. vers. *Nec obstante*). En inteligencia, que la tradicion desde que corren los nueve dias en las enagenaciones de parriculares ha de ser real y verdadera, mediante á que siendo ficta se verifica el inconveniente de no ser facil llegue á noticia de los parientes la venta de la cosa (n. 17.).

10 Si la venta se hubiere hecho con el pacto de *retrovendendo*, aunque el pariente acuda en el término de los nueve dias á retraher la alhaja, no tendrá

drá efecto su intento, como el vendedor dentro del mismo tiempo quiera quedarse con ella á consecuencia de la expuesta convencion (n. 18.): y aun podrá solicitar que el retrahente se la restituya en caso de haberse ya entregado en ella: mediante á que el tras-paso que le hizo el comprador en virtud del retracto llevaba consigo el gravamen del pacto con que él estaba obligado á el vendedor (cod. n. vers. *Majus tamen dubium.* . Siendo digno de notar, que en la permita no tiene lugar el retracto por no intervenir precio alguno que pueda consignar el pariente á quien en otros términos pudiera competirle aquel beneficio, y hablar las leyes que tratan de él en concepto de venta, y no en el de otra clase de enagenacion (n. 19) Pudiendo sin duda retraherse la cosa dada *in solutum*; ya porque este acto tiene virtud y fuerza de venta, y ya porque se verificarian muchos fraudes mudandosele por las partes el nombre á el contrato, segun pueden hacerlo con mucha facilidad (n. 20.).

II Quando la venta es condicional no empiezan á correr los nueve dias hasta que se verifique la condicion (21.): cuyo término es único para todos los parientes sucesivamente hasta el quarto grado; de forma, que si el que se hallare con mas inmediacion se esté quieto sin deducir su intento, puede usar el que le subsigna de uno de dos remedios: ò estrecharle, á que declare su voluntad en orden á si quiere retraher, para que renunciando de su derecho el primero, pueda el segundo usar del que le compete; ó intentar desde luego el retracto con los requisitos correspondientes, para en el caso que el consanguíneo mas próximo no quiera retraher la cosa vendida (n. 21, vers. *Item quaro.*).

12 Aunque la venta fuere á el fiado puede retraherse la alhaja del comprador por el pariente inmediato, sin la obligacion de consignar su precio dentro de los nueve dias, que aun en este caso corren desde la tradicion de aquella, y sí con la de proporcionar en el mismo término suficientes fianzas á pagarlo á el plazo que se hubiese estipulado entre vendedor y comprador (n. 22.). Tambien tiene lugar el retracto quando la cosa, aunque en realidad no se venda, si por lo menos se hipoteca ó grava por un precio quasi equivalente á lo que ella misma importa; de suerte, que no sea esperable su libertad (n. 23.).

13 Pasado el término de los nueve dias no puede intentarse el retracto; aunque la cosa vuelva á el mismo vendedor, ó á alguno de sus hijos por quienes se formalice segunda venta; por quanto aquella una vez que se hizo enagenable por la aquietacion que tubo el interesado en retraherla dentro del expresado término, permanece perpetuamente de la propia naturaleza: á exemplo de la alhaja opignorada, que una vez enagenada por el deudor pignoraticio con permiso del acreedor, aunque vuelva por algun acaso á el ptimero, no recupera el segundo el derecho de prenda que en ella tenia anteriormente (n. 24.).

14 Los nueve dias para el retracto (en que se computa el en que se celebrou la venta) corren *de momento ad momentum*; de suerte, que hecha la enagenacion á las doce del dia Lunes no finaliza el término hasta igual hora del Martes de la siguiente semana (n. 25.). Advirtiendose, que aunque el pariente se halle presente á la venta de la cosa,

y no la contradiga, puede no obstante retraherla despues; ya porque su taciturnidad solo puede inducir un medio entre consentimiento y contradiccion; y ya porque necesitandose de efectiva consignacion del precio, en tanto que no basta hacerla sin individualidad del quanto, como manifestando algun bolsillo que contubiese dinero; es presumible que el tal consanguineo no lo tuviese á mano para aprontarlo; y que por lo mismo reservó executar lo despues en el término que para ello concede la ley (n. 26.).

15 El que tubiere con otro alguna cosa en comun puede retraher del comprador la parte que su consócio le hubiese vendido, executandolo dentro de los nueve dias (cod. n. vers. *Item quero.* ist. l. 75. Taur.); y esto aunque el tal retrahente tenga una parte muy escasa en la alhaja comun: á exemplo del que teniendo la misma en un siervo, y le quiere dar libertad, puede obligar á el consócio en su dominio á vender la que á éste corresponda, para que aquel execute el expuesto beneficio sin obstáculo alguno. Lo propio se verifica quando se quiere construir Iglesia ó Monasterio en un fundo comun por el dueño de alguna pequeña parte de él: en cuyo caso el consócio está obligado á desprenderse de la que toca para un fin tan recomendable; bien es verdad, que por ser un negocio de que resulta á el comun notoria utilidad, por el fomento de la Religion, se le puede pecisar á qualquier dueño aunque absoluto de la cosa, á que la venda enteramente para levantar de nuevo Iglesia, Monasterio ú otro lugar pio (n. 27. vers. *Quod etiam.*). Bien entendido, que para que el sócio pueda intentar el retrato, lo ha
de

de ser *pro indiviso* (n. 27. l. 55. tit. 5. p. 5.

16 La muger no lucra la mitad de la alhaja que el marido durante el matrimonio hubiese re-
trahido, como pariente del vendedor, sino sola-
mente la de su estimacion: por quanto esta adqui-
sicion proviene de un derecho especial y privilegia-
do de sangre, y por lo mismo de la afeccion que
se tiene por qualquiera á las cosas de sus mayores:
cuya razon no milita para con la muger del que re-
traxo (n. 28.).

17 Si hubiese frutos pendientes en la cosa á el
tiempo de su venta, deben tambien restituirse, ó su
estimacion, á el retrahente, porque este remedio
repone la cosa á el ser y estado que tenia en poder
del vendedor, á que se agrega, que los frutos se
estiman parte del fundo, y restituyendose éste, es con-
siguiente que lo mismo suceda con aquellos, ma yor-
mente quando el comprador carece de buena fe, co-
mo que sabia, ó debia saber, que la cosa la habia
de restituir en los nueve dias del retracto (n. 29. A).
Sin que sea de omitir; que aunque no se quede con la
cosa el comprador de ella en el caso del retracto,
debe pagar alcabala por haber perfeccionadose el
contrato, y de él habersele adquirido derecho á la
Real Hacienda; bien es verdad que despues tiene que
satisfacerla el retrahente á el citado comprador,
como que el retracto es una subrogacion de la
primera venta (n. 30 et l. 70. Taur.).

18 No solo compete el derecho del retracto á el
pariente mas propinquo del vendedor, sino tambien
á el dueño directo quando la cosa se vende por el su-

(A Gutierrez. *lib. pract. q. 158.* per

perficiario que le preste alguna anual, y no en otra forma: á éste quando aquel vende el suelo de ella: tambien á el sócio, segun queda manifestado: pero siempre se ha de usar de dicho remedio por todos estos en el expresado término de los nueve dias. Debiendo preferirse el superficiario y señor directo á sus respectivos parientes ó consócios (n. 31. et l. 74. Taur.). En inteligencia, que ni por ley Civil, ni Real disposicion se le permite á el usufructuario el derecho de retracto, porque no es dueño, ó *quasi*, directo, ó útil de la cosa que usufructúa, y de consiguiente carece de parte alguna substancial en ella. Y aunque el usufructo se considera parte de dominio, esto se verifica únicamente quando está unido con la propiedad, y no si de ella estubiere separado (n. 32.). Tampoco puede el propietario retraher el usufructo vendido por el usufructuario, por consolidarse en éste exêmpo con la propiedad: sí bien es cierto, que la comodidad de aquel derecho queda efectivamente enagenada; ni en ella tiene lugar el retracto, porque respecto de la misma no hay comunión ó sociedad alguna con el propietario (n. 33. l. 25. tit. 31. p. 3.).

19. En caso que la propiedad de la cosa sea vendida por su dueño á el mismo usufructuario, no puede retraher el pariente ó consócio del propietario otra cosa que la mera propiedad, debiendo permanecer el usufructo en el mismo comprador que lo tenia, porque de lo contrario el retracto se extenderia á mas que á lo vendido y enagenado, que fuera absurdo; y en todo caso tendria el retrahente, á lo menos por razon de equidad, que constituirle nuevo usufructo á el expresado comprador,

como que se halla inculpable en la citada consolidacion (n. 34.).
 20 Por el retracto no se rescinde la primera venta, ni de consiguiente se constituye nuevo titulo de ella en el consanguineo que lo deduxo, y solo se verifica una translacion y subrogacion de un acto y sus efectos á el otro (n. 35.). No siendo de omitir, que la accion que se intenta en este remedio es personal, no *nativa*, sino *dativa*, concedida por la ley, y llamado *condictio ex lege*, la qual es *in rem scripta*, como que compete contra qualquier poseedor (n. 36.).

LEY LXXVII.

MAndamos que ninguna de nuestras justicias por enemigo den rebeldia sin provanza legitima, y pasados tres meses á lo menos, despues de la condenacion, y que sea pedido por el acusador, y si de otra manera la dieren, que sea en si ninguna la sentencia que sobre ello se diere, en lo que toca á darlo por enemigo.

Aunque atendido el derecho antiguo no se podia proceder criminalmente contra el reo ausente por delito que mereciese pena corporal; sino en ciertos casos especiales (ex n. 1. ad 7. inclus.); hoy por ley Real sucede lo contrario indistintamente, debiendose citar á el reo ausente por tres veces con término de nueve dias en cada una, si se halle dentro de la jurisdiccion del Juez que conozca de la causa; y si fuera de ella con la de veinte dias, y pregonarse ademas en cada citacion que se hará en la

la casa y familia del delincente: y por último fijarse edictos expresivos del delito, su perpetrador, señalamiento de término y pregones que se hayan dado. Despues se pone la acusacion correspondiente con término de tres dias, los quales pasados, y acusada la rebeldía se concluye y recibe la causa á prueba con el término competente, dentro del qual debe el Juez hacer inquisicion de la inocencia del reo ausente. Pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas con el de tres dias para tachar á los testigos, y se concluye para definitiva, por la qual hallandose méritos é indicios suficientes para tormento, se le debe condenar á el reo en la pena ordinaria del delito. Con advertencia, que la ley Real expresiva de lo referido, procede aunque el reo ausente sea menor de veinte y cinco años, como tenga cumplidos diez y medio, por ser ya de esta edad capaz de delito, y esforzarlo mas y mas su ausencia y rebeldia (n. 8.l.3. tit. 10. lib. 4 Recop.): Sin que sea estraña la citada Real deliberacion en quanto á permitir se condene en pena capital á el reo ausente; pues para esto previene haya de preceder su legítima y repetida citacion, con prueba plena ó presuntiva del delito: con lo que concurrirá la tácita confesion del mismo delincente inducida por su fuga y rebeldía (cod. n. et ejus. vers. et nn. 9. y 10.

2 Presentandose ó siendo preso el reo ausente antes de la sentencia definitiva, se le debe oír enteramente, y subsisten contra él las pruebas hechas en su ausencia con la misma virtud y fuerza que si estuviesen practicadas en presencia: bien es verdad, que el efecto causado por su fuga cesa luego que se

se le prende ó se presenta; y de consiguiente no habiendo en el proceso otra prueba que la de indicios suficientes para tormento, no deberá ser condenado en la pena ordinaria del delito, como debería serlo permaneciendo ausente (n. 11.) Siendo digno de notar, que la fuga puede ser delito de por sí tal, que justificada haya de ser castigada inmediatamente: ó prueba, presuncion é indicio de otro crimen principal, como hurto, homicidio &c. en cuyo último caso si el reo huyere de la prision en que estaba, es habido por confeso, é incurre en la pena ordinaria del delito. Pero si no hallandose en prision se verificare la fuga de sus casas ó territorio del Juez que deba conocer, entonces no induce este hecho mas que un indicio suficiente para tormento, el qual se verifica aunque el reo haga fuga despues de la acusacion é inquisicion del delito (n. 14.).

3 Si el reo ausente fuere preso ó se presentare despues de la sentencia, se debe executar ésta; porque permanece todo lo hecho en la misma virtud que si se hubiese practicado en presencia de aquel, pero para esto ha de concurrir que la acusacion ó inquisicion no sea nula, ó por defecto en el acusador, ó el de la forma correspondiente, ó por otro algun motivo: y tambien debe acreditarse de mandato judicial la identidad de la persona del delinquente, bien por su confesion, bien por otra legitima prueba, debiendo asimismo oirsele en razon de su inocencia. Advirtiendose, que sobre averiguar la del reo ausente debe el Juez hacer por todos medios quanto pueda, bien proceda de oficio, bien á pedimento de parte (n. 13.); y si advirtiere del

proceso hallarse indemne el acusado, debe absol- verlo aunque permanezca ausente (n. 14.). Pero ha- llando el asunto en unos términos neutrales, de suerte que no se encuentren indicios suficientes para tormento, que juntos con la sospecha de fuga induz- can á la condenacion del reo: ni por otro lado su absoluta inculpabilidad, debe el Juez dexar la cau- sa indecisa, y mas no habiendo quien le inste á su finalizacion. Sin que sea de omitir, que aunque se verifiquen además de la fuga los mas vehementes in- dicios contra el reo, no se debe condenar á éste en quanto á cometerle á el ofendido su execucion: por- que debiendosele dar audiencia, si pareciere en ra- zon de su disculpa, se le quitaría este efugio, pu- diendo acontecer que el acusador le matase prime- ramente en uso de su cometido; y así solo podrá darsele á éste semejante facultad quando el delito aparezca justificadísimo, de suerte que no haya la mas leve duda (cod. n. ex verb. *Postremo tamen.*); en in- teligencia, que la comision que se dá á el acusador para vengar su ofensa no es contra el precepto di- vino *ne occides*, porque la ley positiva en ciertos casos y circunstancias puede alterarlo, y mas en es- te, como que el fin es refrenar la maldad del hom- bre: á que se agrega que el derecho positivo no qui- ta, ni puede el pecado que cometerá el tal acusador, si en su cometido no se portase con el celo de jus- ticia, sino por ódio, rencor y mala voluntad; antes bien el fin de la ley es alzar la pena en que *alias* incurriria el tal ofensor (n. 15. et 18.).

4 Aunque el acusador no puede delegar el co- metido de vengar su ofensa á otra persona que á sus hijos, por ser un negocio personalísimo (n. 17.):
bien

bien se le permite llevar algun acompañado que le auxilie, en caso de que de otro modo no pueda executar su comision, porque permitido el fin, es visto estarlo tambien los medios de conseguirlo (n. 16.).

5 La comision que se dá á el ofendido para matar á el reo fugitivo no se extiende fuera de los dominios del Rey que la concede (n. 17. vers. *Item adde, quod non potest.*): ni tiene lugar una vez que á el delincente se le hubiese ya preso (eod. n. vers. *Item adde, quod postquam.*): ni para executarla se puede usar de veneno ú otro medio proditorio; bien que si de hecho asi se practicase, no quedará responsable por todo el delito el tal comisionado, sino solamente en quanto á el exceso y modo con que hizo la muerte, y de consiguiente se le impondrá una pena arbitraria (eod. n. vers. *Item adde, quod talis offensus.*).

LEY LXXVII.

POR el delito que el marido, ó la muger cometiere aunque sea de heregia, ó de otra qualquier qualidad no pierda el uno por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio, mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delito de los bienes, de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delito sea de tal qualidad que imponga la pena ipso jure.

I **A**unque entre marido y muger deben comunicarse los bienes superlucrados durante el matrimonio por razon de la sociedad que entre ellos induce la ley ; sin embargo , como un socio ni puede disponer de los bienes del otro , ni éste queda obligado por el delito de aquel , es consiguiente que un cónyuge no pierde la mitad de sus gananciales (cuyo dominio se le transfiere *ipso jure*) por delito del otro (n. 1. y 2.). Y aunque el marido tiene la administracion de todo lo superlucrado , y puede enagenarlo , esto procede por contrato , y no por delito : á exemplo del hijo respecto del peculio castrense , y del administrador *cum libera* en quanto á los bienes de su administracion (nn. 4. y 5.).

LEY LXXVIII.

LA muger durante el matrimonio por el delito puede perder en parte , ó en todos sus bienes dotales , ó de ganancia , ó de otra qualquier calidad que sean.

I **P**OR derecho antiguo no era confiscable la dote sino en ciertos casos , y por determinados delitos ; pero nuestra ley previene lo contrario , estableciendo , que en quanto á este particular sea reputada como otros qualesquier bienes , y de consiguiente pueda confiscar por todo crimen , por cuya comision se incurra en esta pena (nn. 1. y 2.): excepto quando hubiese intervenido pacto de lucrar el marido la dote , en cuyo caso el delito de la muger no perjudicará esta conyencion (n. 3.).

2 Siendo el marido el delincente, queda ileso á la muger su dote; y aún se le debe restituir á ésta su manejo y administracion, para que con su producto acuda á la manutencion de su casa y familia: pues este es un caso en que el marido viene á pobreza por su culpa (nn. 4. y 5. l. 7. tit. 8. part. 3.). Pero si la muger cometió el delito, indistintamente se le confisca la dote con los demás bienes, derechos y acciones de su pertenencia; y esto aunque se verificase su perpetracion durante el matrimonio, cuya confiscacion se extiende aún á el usufructo perteneciente á el marido, porque la ley no la ciñe solamente á la propiedad, como que usa de expresiones generales. Con advertencia, que todo lo ante dicho procede quando los bienes dotales fueron propios de la muger, mas no si el padre ó algun extraño que los dió hubiese pactado se le habian de devolver disuelto el matrimonio (n. 5. vers. *Si verò mulier*, et n. 6.).

LEY LXXIX.

ORdenamos y mandamos que las leyes destes nuestros Reynos que disponen que los hijos dalgo, y otras personas por deuda no puedan ser presos, que no ayan lugar, ni se platiquen si la tal deuda descendiere de delicto, ó quasi delicto, antes mandamos que por las dichas deudas estén presos, como no fuesen hijos dalgo, ó exemptos.

1 **Q**ualquier deudor puede ser preso por deuda hasta que la pague, ó por lo menos haga cesion de sus bienes para que los acreedores se rein-

tegren en sus desembolsos, sin quedarle á el cediente otra cosa que el vestido ordinario (n. 1. l. 1. y 4. tit. fin. p. 5. B XLIX). El efecto de esta cesion es que el deudor no pueda despues ser reconvenido por sus acreedores, aunque benga á mejor fortuna, pues solamente les estará obligado en lo que pueda hacer cómodamente y con reserva de lo necesario para su manutencion (n. 2. l. 3. tit. fin. p. 5. C): cuyo privilegio cesa quando el deudor hubiese á este fin enagenado sus bienes fraudulentamente (eod. n. L): y tambien respecto del fiador, pues éste debe pagar enteramente, como dicho beneficio es personalísimo (eod. n. l. 3. tit. fin. p. 5.) Bien entendido, que hoy el deudor no se libra por cesion, antes bien no bastando sus bienes para satisfacer á los acreedores, debe entregarse á estos por su orden para que les sirva hasta ir extinguiendo con su personalidad lo que hubiese quedado debiendo (eod. n. ll. 4. 5. 6. y 7. tit. 16. lib. 5. Recopil. LI).

I El hidalgo no puede ser preso por deuda, si no

(B) ll. 4. 5. 6. y 7 tit. 16. lib. 5. Recopil.

(C) Vid. Dom. Salg. in *laberint.* p. 3. c. 16. nn. 60. 66. et seq.

XLIX Tambien deben reservarse á el deudor cediente los instrumentos de su arte para mantenerse. Paz. in *sur prax.* 1. tom. 4. p. c. 5. n. 9.

L Si los bienes enagenados fraudulentamente por el deudor puedan recuperarse, gozará del beneficio de competencia. Dom. Salg. in *laberint.* p. 1. cap. 1. et 14. et p. 3. cap. 16. ex n. 1. et 18.

LI Las disposiciones de estas leyes como tan contrarias á la equidad, no se hallan en observancia. Dom. Larr. *deciss.* 9. n. 51.

no que descienda de delito ó quasi delito, en tanto que ni aún puede renunciar este beneficio, ya por ser público, como que está concedido á toda la nobleza, y ya porque ninguno es dueño de su cuerpo para querer se le moleste en una prision (n. 3. l. 6. tit. 2. lib. 6. Recop. D). Bien es verdad, que el expuesto privilegio cesa quando el Noble á el tiempo del contrato negó serlo, sabiendo su nacimiento, é ignorandolo el acreedor con quien trataba (n. 4. E).

3 Si el deudor plebeyo se refugiare á sagrado, uede sacarse de él por el Juez Secular, impar-tiendo auxilio del Eclesiastico, y dando caucion á este de no proceder contra aquel á imponerle pena corporal: y en caso que el Juez Eclesiastico no quie-ra condescender á la súplica del Secular, podrá este sacar á el reo de la Iglesia como lo execute sin escándalo (n. 5. fin. tit. 2. lib. 1. Recopil. LII). Siendo digno de advertir, que en el caso de esta ley se estima por deuda procedida de delito ó *quasi* la que se verifica de alguna especie que, v. g. sea hur-tada, bien sea principal ó accesoriamente de oficio del Juez: tambien quando á consecuencia de algun delito se hace en el derecho estimacion civilmente de cantidad: ó por último, si además de la pena corporal se condene á el reo en algun interese apli-ca-

(D) *Vid. Cur. Philip. 2. p. S. 17. n. 14.*

(E) *Rodrig. de exec. c. 5. n. 43. Gutier. de juram. confir. p. 1. cap. 16. nn. 25. y 26.*

LII Esta ley Real no tiene observancia por estar dis-puesto lo contrario por derecho Canónico, que es el que en esta materia debe ser atendido. Dom. Covarr. *lib. 2. var. c. 20. n. 1. y 16.*

cado á la parte (cod. n. 5. vers. *Item quero.*).

4 Noble se llama aquel que proviene de antiguo y distinguido linage, ó el que por razon de la dignidad, oficio, ministerio, ó ciencia que profesa está esento de los tributos y demás cargas que sufren los plebeyos: á cuyo fin no obstará que la madre sea innoble, porque en este particular siguen los hijos la condicion de los padres (n. 6. l. 2. y 3. tit. 21. p. 2. y 1. tit. 10. p. 7.); y esto aunque sean naturales *tantum*, por ser la nobleza un derecho privilegiado de sangre, de que estos tambien participan (cod. n. ex verb. *Item etiam*, l. 1. tit. 11. p. 7.): bien que la madre de ellos ha de haber sido única concubina y recogida en sus casas (cod. n. ex verb. *Quod tamen limita*, l. 3. tit. 11. p. 4.). Siendo de reflexar que en lo tocante á el estado de la persona siguen los hijos naturales la condicion de la madre, porque esta puede aprovecharles en los tres tiempos de la concepcion, el de la natividad, y el del intermedio (cod. n. ex verb. *Et si queras.*) En inteligencia, que aunque la muger que casa con el Noble se hace tal, y participa de este honor en su viudedad hasta contraer segundo matrimonio, no sucede así por el contrario (cod. n. ex verb. *Item adde*, l. 3. tit. 21. p. 2.).

LEY LXXX.

EL marido no pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros seyendo vivos: mas que ambos adúltero y adúltera los haya de acusar, ó á ninguno.

LEY LXXXI.

SI alguna muger estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia cometiere adulterio, que aunque se diga y prueve por algunas causas y razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del quarto grado, ora porque qualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio: ó aya fecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no pueda deshacer lo que no debian: que por es o no se escusen á que el marido pueda acusar de adulterio, asi á la muger como al adultero, como si el matrimonio fuese verdadero. Y mandamos que en estos tales que asi avemos por adulteros, y en sus bienes se execute lo contenido en la ley del fuero de las leyes habla cerca de los que cometen el delicto de adulterio.

LEY LXXXII.

EL marido que matare por su propia autoridad al adultero, y la adultera, aunque los tome in flagranti delicto, y sea justamente hecha de la muerte, no gane la dote, ni los bienes del que matare: salvo si los matare ó condemnare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes, que en este caso disponen.

1 **P**ara la mejor comprehension de estas leyes es de suponer, que por derecho natural primario, y antes de la institucion del matrimonio, no era prohibido ni punible acceso alguno carnal (n. 1.) pero hoy despues de las leyes escritas solo es lícito y honesto el que interviene en el matrimonio, como que fue instituido por Christo Señor nuestro con el fin de la generacion, y el de evitar toda fornicacion; esto además de verificarse en aquel mucha honestidad y castidad (n. 2. y 3.): de forma, que todo acceso distinto del matrimonial es reprobado por derecho dívino, aunque sea solo de voluntad, como ésta sea deliberada (n. 4.).

2 Por derecho positivo es prohibido el acceso con doncella, llamado *estupro*, aunque ella consienta, pues siempre se presume seducida por el hombre, el qual queda obligado, ó á llevarla en matrimonio, ó á dotarla, en tanto que si no quiere, ó no puede hacer uno ú otro, debe inponerse alguna pena, como tambien si aunque la dote, repugne el casamiento. Pero si constare claramente no haber intervenido engaño, ni la mas mínima seducion, antes bien ella officiosamente, y de su libre y espontanea voluntad se hubiese entregado á el estupro, queda exêmpo de su pena el estuprante; todo esto con arreglo á el cap. 1. *de adult. et ej. pen.* observado inconcusamente en nuestro Reyno (nn. 5. 6. 7. 8. 9. y 10.). Procediendo la obligacion de dotar el hombre á la estuprada, aunque ésta case con otro, y tenga por distinto conducto la dote competente: á exemplo del acreedor de alimentos, que aunque de los suyos se mantenga; puede pedir los que se le

le estubiesen debiendo (n. 11. 12. y 13.).

3 Tambien era prohibido el acceso con viuda honesta y recogida: pero atendida la general costumbre del Reyno, se halla permitido y tolerado, y de consiguiente ni se acusa este delito, ni sobre él se procede de oficio, ni por último se les impone á aquellos pena alguna (n. 14.).

4 Asimismo es punible el incesto con pena arbitraria, confiscacion de la mitad de los bienes, no habiendo hijos del primer matrimonio: cuyo delito se verifica quando se tiene acceso con alguna descendiente *in infinitum*, ó corateral dentro del quarto grado, aunque lo sea por afinidad, y haya muerto su marido, pariente del que tiene el acceso; ó sea con alguna Monga, ó Religioso con soltera (n. 15).

5 Aunque el incesto requiere mas justificacion que el acceso entre estraños, por razon de la honestidad, que es presumible, y nace del parentesco (n. 16.): no obstante basta para acreditarlo hallarse desnudos en un mismo lecho á pariente con parienta: excepto si no estubiesen en lugar secreto, y si descubiertamente, ó fuese ascendiente con descendiente (n. 17.): ó delito *contra naturam* de varon con varon: ó bestial, que solo se prueba por el mismo acceso, ó hallarse uno sobre otro: ó por último quando se acercan con movimiento para acto luxurioso *contra naturam*; de forma que no pueda presumirse otra cosa; y aun por este concepto fue absuelto cierto reo de este crimen, y de que se hace mencion en este lugar (n. 18.).

6 La que tubiere acceso con Glérigo, Sacerdote, ó Religioso, ú hombre casado, debe ser condenada á la satisfaccion de un marco de plata, y á destier-

ro de un año por la primera vez; y si reincidiere, además de dicha pena, incurre en la de otro marco mas con azotes (n. 19.); la qual cesa respecto de la muger casada, á quien solo el marido podrá acusar de adulterio, ó en caso que éste lo consienta, procederse de oficio (n. 20.): pudiendo muy bien el Juez en este caso entrar en las casas del tal Clérigo Secular ó Regular, á efecto de averiguar el expresado crimen; pues es muy conforme que las leyes Reales ayuden á las Canónicas, por las cuales es prohibida á los Eclesiásticos toda fornicacion (n. 21.). Con advertencia, que para castigarse á dicha concubina con la pena de tal no basta acreditarse que hayan tenido algun acceso, ni aun hallarlos *in fragranti*, antes bien debe constar que era pública concubina del Clérigo ó casado, entrando y frecuentando estos las casas de ella, y aun manteniéndola de quanto necesitase (n. 22.).

7 Es prohibido asimismo el acceso del esclavo con su señora, aunque sea soltera y deshonestá, é incurren ambos en la pena capital, bien que la de aquel tiene la qualidad de quema (n. 23. l. 2. tit. 9. p. 7.). Y aunque se casen, y el esclavo obtenga libertad para ello, no se escusan del castigo que previene la ley (eod. ex verb. *Immo etiam.*).

8 Igualmente debe castigarse con la pena de deportacion y confiscacion de sus bienes el Tutor ó Curador que durante, ó aun finalizada su tutela ó curaduría, tubiere acceso con la menor (n. 24. l. 6. tit. 17. p. 7.): y con arbitraria, segun las circunstancias del caso; el carcelero que cometiere igual exceso con alguna que estubiese baxo su custodia, aunque fuese pública ramera (n. 25.).

9 La que tuviere acceso con persona de otra secta, por la primera vez incurre en la pena de confiscacion de la mitad de sus bienes aplicados conforme á la ley de Partida por baxo citada; y por la segunda en la de la muerte, y confiscacion de quanto tubiere; bien que siendo muger deshonesta por la primera vez debe ser azotada, y si reincidiere, merece pena capital: pero estando casada se le ha de entregar á el marido para que haga lo que le parezca (n. 26. l. fin. tit. 25. p. 7.).

10 A el casado dos veces se le debe poner en la frente esta señal Q conforme á las leyes del Ordenamiento: esto además de cinco años de destierro y confiscacion de todos sus bienes aplicados (en caso de no tener hijos ó nietos á quienes deben dexarse), la mitad para la parte que ignorantemente hubiese sufrido el expresado perjuicio, y la otra mitad para el Fisco, y aun á este pertenece todo si ambos contrayentes fuesen sabidores de la permanencia del primer matrimonio, y no hubiere hijos (n. 27. l. fin. tit. 17. p. 7.): todo lo qual procede tambien respecto de la muger que cometiere el expuesto delito, por militar en ella la misma razon que en el hombre (n. 28. ead. l. p.). Bien entendido, que si el marido viviendo la primera muger, ó *vice versa*, contraxere muchos matrimonios, se debe ir graduando la pena conforme á el prudente arbitrio judicial, además de merecer tambien las que hasta aqui van expresadas (n. 29.). Sin que baste para libertarse de ellas, que el segundo, tercero, y demás matrimonios sean nulos por razon de parentesco ú otro capítulo dirimente; porque solo se atiende á el dolo de los contrayentes (n. 30.). Debiendose notar que

que si el marido v. g. estubiese ausente, y la muger contraxere matrimonio en virtud de haver recibido aviso cierto de la muerte de aquel, no habiendose en realidad verificado, queda libre de dicha penas; aunque no del todo, si habiendo solamente fama ó credulidad de ello se hubiese adelantado á casarse (eod. n. 31. vers. *Hodie tamen*, cap. in present. de prob.).

11 El crimen de sodomía, que es el acceso de varon con varon se castiga con la pena capital de quema, y confiscacion de todos sus bienes (n. 32): la qual procede aunque el marido tubiese el acto con su propia muger, siempre que se haya verificado *per vas exterius* contra naturaleza (n. 33): ó si por razon de su frialdad ú otro motivo se valiese de algun instrumento material para la consumacion del acto: ó muger con muger, haciendo una de varon, y otra de hembra (n. 34): bien es verdad que si el acto de una con otra se verificase sin dicho instrumento, no incurren en la expresada pena, y solo se les debe imponer una que sea arbitraria (eod. n. vers. *Sed ego dicerem.*): como tambien en el caso en que la muger haga de hombre poniendose encima de él (eod. n. vers. *Et idem est.*).

12 El delito *contra naturam* se castiga con la pena ordinaria aunque no sea perfecto y consumado, sino solo intentado y preparado por razon de su gravedad tan singular (eod. n. vers. *Item adde.*). En inteligencia, que solo merece un castigo arbitrario el acceso con otro, no *per vas exterius*, sino por otra parte del cuerpo; ó si solo hubiere tocamiento de manos con derramamientos de semen (eod. n. et vers.).

14 El crimen bestial se castiga con la expresada pena capital qualificada (n. 35. l. 2. tit. 21. p. 7.); debiendo entonces darse tambien muerte á el animal partícipe, para borrar enteramente la memoria de tan feo y detestable delito. Advirtiendose, que por el acto tenido con especie ó materia no apta, ni determinada por la naturaleza para la generacion, v. g. en un hoyo ó abertura hecha en la tierra ú otra qualquier parte, solo se incurre en una pena arbitraria segun las circunstancias del caso (cod. n. v. *Advertendum tamen.*).

14 El acceso cometido por fuerza, violentando á alguna doncella, viuda, casada, ó Religiosa merece pena de muerte, y aplicacion de los bienes del raptor y auxiliador á la forzada. Siendo caso de hermandad quando este exceso fuese cometido en el campo, ó á el se sacase por fuerza á la tal de la poblacion (n. 36. l. 3. tit. 20. p. 7.). Lo mismo sucede respecto de la muger que fuerza á el hombre (aunque rara vez se verifica) (n. 37.); ó sean cónyuges de futuro, por no estar todavía la esposa sujeta á el esposo (n. 38. l. 3. tit. 20. p. 7.); y por esto no incurre en pena alguna el que siendolo de presente violentare á su muger para el referido acto, mediante á verificarse ya en esta una subordinacion y sujecion á el marido para quanto guste y le sea lícito (n. 39.).

15 La pena de muerte que se impone á el forzador de alguna muger, tiene lugar aunque solo se hubiese verificado el rapto y no el acceso con ella: excepto si su omision provino de noluntad, y arrepentimiento de aquel; en cuyo caso se le castigará arbitrariamente (n. 40.). Igualmente procede la ex-
pre-

presada pena capital siempre que intervenga fuerza y violencia para el acceso, aunque no haya raptó, esto es, translacion de un lugar á otro (n. 41. l. 3. tit. 20. p. 7.): tambien aunque el acto se executase con doncella inmatúra, y menor de los doce años, incurriéndose por ello en otras penas *extra* de la referida (n. 42.).

16 No solo el raptor puede contraher matrimonio con la forzada segun el cap. fin. de raptor, sino que tambien por medio de esta aveniencia y conformidad queda libre la expresada pena capital (n. 43. l. 22. tit. 1. p. 7.): como tambien en el caso de que aun verificado raptó, ó se hallen en el lance, confiesen ambos tener contraido matrimonio; sino que medien indicios ó circunstancias de lo contrario, como si ella se encontrase llorando ó gritando, ó haya mucha diferencia en la qualidad y condicion de las personas (n. 44.).

16 Lo dicho hasta aqui acerca del raptó ó acceso violento y su pena, no tiene lugar quando se comete con pública ramera, en cuyo caso no se incurre en alguna, excepto si ya hubiese dexado de serlo, y reducidosse á una vida honesta, ó fuese casada, porque entonces es punible el acceso con qualquiera de estas (n. 45.).

18 El adulterio se castiga con la entrega de ambos adulteros á el marido para que de ellos y sus bienes haga lo que quiera: y así puede darles muerte, ó cortarles algun brazo, pie &c. ó inferirles otra qualquier ofensa é injuria (n. 46. y 47.); lo qual procede aunque la tal sea esposa de presente, y no esté consumado el matrimonio (cod. n. vers. *Dubium tamen*, *pradict.* l. Recopil.) Debiendo el marido acusar pre-
ci-

éisamente á ambos adúlteros, y en un mismo libelo; excepto si alguno hubiese ya muerto (eod. n. et vers. et n. 20. l. 80. Taur.). Bien entendido, que procediéndose solo civilmente para el divorcio (cuyo conocimiento es privativo del Juez Eclesiastico) pierde la adúltera su dote con los demás bienes, y se aplican al marido (eod. n. vers. *Item etiam imponitur.*). Sin que sea de omitir, que aunque el matrimonio sea nulo por razon de consanguinidad ú otro motivo (sino que sea por falta de consentimiento) tienen lugar las penas de adulterio como si no se verificase inconveniente alguno, pues ya por ellos no quedó sin hacer lo que no debian (n. 48. l. 81. Taur.).

19 El delito de adulterio solo puede acusarse por el marido, haciendolo dentro de cinco años de su comision; mas no otra alguna persona, aún á pretexto de parentesco, ausencia ó taciturnidad de aquel (n. 49. l. 4. tit. 17. p. 7.).

20 El adulterio se prueba aun por presunciones y vehementes conjeturas, como si los testigos depongan haber visto á ambos desnudos y solos en un mismo lecho, aunque no expresen de efectiva comision, ni de conocimiento del adultero; (n. 50. cap. ex litter. extr. de presumption,). Advertiendose, que el marido puede matar lícitamente á los adúlteros hallandolos *in flagranti*, como lo haga de ambos; excepto si por resistencia ó defensa de alguno no se verificase así: bien que si lo execute de proposito no incurre en la pena ordinaria, sino en otra menor (n. 51. l. 14. tit. 17. p. 7.). Y aunque esta ley por razon de permitir una cosa contra el precepto Divino *ne occides* parece injusta, y que no debe practicarse, procede y debe entenderse en el

concepto de que el marido mate à los adúlteros no por rencor, sino por celo de justicia, y como executor de ella (n. 52. et in leg. 76. har. leg. Taur. n. 18.).

212 La indemnidad del marido que mata à los dos adúlteros hallandolos *in fragranti*, procede aunque la muger estubiese preñada, y él lo supiese, ó el adúltero fuese de Orden sacro; de modo que no incurre en excomunion alguna, porque el justo dolor y defensa del propio honor indemniza à el marido del expuesto homicidio; además que en el segundo caso no se ofende à la Iglesia, porque se halla igualmente injuriado (nn. 53. 54. y 55. l. 3. tit. 9. p. 1.).

222 Basta à el marido para acreditar que mató à los adúlteros *in fragranti*, hallarse estos muertos, desnudos en un mismo lecho, y en tales términos que si se encontrasen vivos quedaria probado el adulterio; pues quando alguno se advierte muerto en qualquier sitio, se presume que allí mismo le mataron (n. 56.); pero si lo contrario se verificase, no quedará excusado por no haber entonces presunción alguna que lo favorezca (n. 57.).

23 Si el marido matase à los adúlteros despues del lance, no se liberta de la pena ordinaria de homicidio, aunque justifique claramente la comision del adulterio, por cesar en estas circunstancias la razon de permitirselo la ley quando los halla *in fragranti* (n. 58. y 59.). Con advertencia, que si despues de haber hecho tres denunciaciones por escrito, ó ante testigos fidedignos à el que juzgue sospechoso de adulterio lo hallare hablando con la muger à solas en sus casas, ú otro lugar oculto y excusado puede matarle lícitamente (n. 60. l. 12. sit. 17. p. 7.).

24 El derecho que tiene el marido para matar á los adúlteros es personalísimo, y por esto no puede cometerse á otra persona sino á los hijos por razon de la identidad de personas que tienen en los padres (n. 61.): bien que se le permite llevar consigo amigos ó familiares que le auxilién en caso de alguna resistencia ó dificultad que tema por razon de vejez, debilidad ú otro motivo (n. 62.).

25 El marido que de su propia autoridad mata-se á la muger adúltera no lucra la dote y demás bienes que proponiendo la correspondiente acusacion adquiriria, ni tampoco los que por muerte de aquella se le prefieren en virtud de pacto ó disposicion de la ley (n. 63. l. 82. Taur.): aunque no se le prohíbe suceder *ab intestato* á los hijos ó herederos de los adúlteros que mató *in fragranti* en los bienes que de estos hubiesen heredado; por quanto el homicidio fue lícitamente hecho (n. 64.).

26 Si hallandose la muger avisada de alguno para cometer adulterio lo revelare á el marido, y citare á el adulterante para dicho fin engañosamente, será lícito injuriar á éste de obra y palabra (n. 65.): lo mismo puede hacerse con aquel que ofreciere alguna cosa al Alcayde ó custodiador de un castillo para tomarlo (n. 66.): y lo propio le es permitido á el Juez executar con el litigante que le ofreció sobornarle, citandolo para su entrega, y teniendo allí testigos que presencien el lance para prenderle y castigarle: bien que en los tres casos antecedentes no se permite matar ó cortar miembro alguno á el tal delincuente, sino solo injuriarle y castigarle sin tanta crueldad (n. 67.).

27 Si el marido hubiese premuerto, y la muger

pidiere su dote á los herederos de aquel, no pueden estos executarse á su restitution con pretexto de adulterio que la tal hubiese cometido, por ser una excepcion penal que no se trasmite á los herederos antes de la *litis* contextacion (n. 68.). Lo mismo se dirá por la propia razon, si por el contrario premuerta la adúltera, reusase el marido entregar la dote á los herederos de ella (n. 69. l. 25. tit. 1. p. 7.).

28 Aunque la muger en el año de la viudedad tenga acceso con otro, no pierde la dote, bien permanezca ésta en poder de los herederos del marido, bien se halleya en el de aquella; porque el adulterio y su pena solo se verifica durante el matrimonio, mas no estando ya disuelto, en cuyo caso mas bien tiene lugar el delito de estupro, el qual tiene su castigo separadamente: con lo que concurre, que el adulterio cometido durante el matrimonio no puede acusarse ni excepcionarse por los herederos del marido despues de muerto; y asi con mayor motivo no deberá servir de pretexto á los mismos para lucrar la dote un acceso tenido disuelto ya aquel contrato: esto además de que solo el marido y no otro alguno tiene facultad para acusar el adulterio (n. 70.).

29 La pena de adulterio cesa en tres casos: Primero: quando hayan transcurrido cinco años desde que se cometió, y se haya omitido su acusacion; Segundo: si hubo voluntad y consentimiento del marido: bien que éste debe castigarse: Tercero y último: habiendo seguido él mismo viviendo y cohabitando con ella despues del adulterio, no obstante de haberlo sabido; por que en esto es visto hacer una virtual remision de él: cuyas tres excepciones

de 1

deben proponerse por la muger antes de la contextualion de la ley (n. 71. l. 4. 7. y 8. tit. 17. p. 7.).

30 El lenocinio tanto en un extraño, como en el marido, se castiga con pena de muerte atendido el rigor de la ley; pero se practica la de azotes, así en estos, como en la muger, sacandolos á la verguenza con coraza; bien es verdad, que no siguiendo el efecto del acceso se castigarán con menos rigor arbitrariamente; ó aunque se verifique, si la tal sea pública ramera, y no casada (nn. 73. y 74. ll. 2. tit. 22. y 5. tit. 9. p. 7.).

31 Si la adúltera tubiere algun hijo en tiempo que cohabitaba igualmente con su marido, de forma, que no pueda asegurar de qual de estos fue habido, en duda se presume legitimo (n. 75. l. 9. tit. 14. p. 3.). Pero estando cierta ser adulterino, en conciencia debe revelarselo y aconsejarle, ó que entre en Religion mendicante, para que por este medio no suceda á el marido, y de consiguiente perjudique á los hijos legitimos, ó que si quiere permanecer en el siglo renuncie la herencia. Y en caso que la madre no se atreva á descubrirse á el tal hijo adulterino, ó que éste no se conforme con medio alguno de los propuestos, debe dar á los legitimos, ó en su defecto á pobres, aquellos bienes que verosimilmente les hubiere dexado á no haber tenido á el ilegítimo; y si no tubiere bienes algunos, ya que no puede hacer otra cosa, cumple con arrepentirse de su exceso (eod. n. ex verb. *Si veró.*).

LEY LXXXIII.

QUando se proovare que algun testigo depuso falsamente contra alguna parsona, ó personas en alguna causa criminal: en la qual si no se averiguase su dicho ser falso, aquel ó aquellos contra quien depuso merecia pena de muerte, ó otra pena corporal, que al testigo averiguandose como fue falso, le sea dada la misma pena en su persona, y bienes como se le deviera dar aquel ó aquellos, contra quien depuso seyendo su dicho verdadero, caso que en aquellos contra quien depuso no se execute la tal pena, pues por el no quedó de darsela. Lo qual mandamos que se guarde, y execute en todos los delictos de qualquier calidad que sean: en las otras causas criminales y civiles mandamos que contra los testigos que depusieren falsamente, se guarden, y executen las leyes de nuestros Reynos, que sobre ello disponen.

FALSEDAD es un delito público que se verifica quando alguno con malicia y conociendo la verdad, la muda ú oculta en perjuicio de otro (n. 1. l. 1. et tot. tit. 7. p. 7.). Cuyo crimen lo comete en primer lugar el que fabrica moneda falsa, sus aconsejantes y auxiliadores; lo mismo el que para este fin hubiese dado casa, fundo &c.: incurriendo todos en pena de muerte qualificada por ser de quema y confiscacion de sus respectivos bienes: en los que debe incluirse la casa en que se hubiese fabricado la monada, aunque sea de un tercero; excepto si éste viviese lejos, ó interviniese otra alguna circunstancia que desvanezca la posibilidad de haberlo sabido, ó fuese viuda, ó menor de catorce años

años (n. 3. l. penult. et fin. tit. 7. part. 7.). En el mismo delito y sus penas incurre el que rae ó cercena la moneda (n. 4. l. 67. tit. 21. lib. 8. de la Recopil.). Tambien el que la expende y reparte, sabiendo su defecto (n. 5.).

2 Tambien comete delito de falsedad el que hace ó escribe algun instrumento falso, ó siendo legítimo, le borra alguna cosa substancial; incurriendo en pena de muerte, siendo instrumento del Soberano, ó del Papa: porque si la falsedad se verificare de otra clase de documento, siendo por un particular tiene pena de galeras, y publicacion de sus bienes; y si la hubiere hecho el Escribano, además de lo antedicho, se le ha de cortar la mano derecha, y privar perpetuamente de oficio (n. 6. l. 7. tit 7. p. 7. et in fin. tit 19. p. 3. l. 1. tit. 12. lib. 4. for.). Igualmente incurre en el expresado delito y sus penas el que usa de instrumento falso; bien que si desistiese de ello antes de la sentencia definitiva, se libra de aquellas, lo qual no es asi respecto del que lo hubiese hecho, pues siempre está responsable (cod. n. ex verb. *Item adde quod Etiam ille.*).

3 Tambien comete delito de falsedad el testigo que producido en qualquier causa falta á la verdad en su declaracion, incurriendo por ello en la misma que aquel contra quien depuso, siendo asunto criminal, y en el que á ser cierto su dicho, se le impondria á el reo pena de muerte, ú otra alguna corporal (n. 7. l. 26. tit. 11. p. 3. l. 83. de Toro.): y de consiguiente lo mismo sucede en causa de heregía; bien que en ésta suele practicarse un castigo arbitrario, y menos cruel, que sufriria el acusado de este crimen, á ser cierto el aserto del testigo (n. 8.).

Advirtiendose, que aunque la pena de adulterio no sea cierta ni determinada por leyes Reales, como que queda á el arbitrio del marido; no obstante merece la de muerte el testigo que falsamente depuso de su comision; pues por su dicho expuso á los adúlteros á que sufriesen el mismo castigo; y aun así fue determinado en la Real Chancillería de Valladolid (n. 9.).

4 Asi como el testigo falso en causa criminal está responsable á sufrir la misma pena corporal que se le impondria á el reo caso que no se hubiese averiguado lo siniestro de la disposicion de aquel; del mismo modo está obligado el Juez que con dolo, malicia, ó por dinero condenare á el inocente en algun castigo corporal (n. 10. l. 24. tit. 22. p. 3. et 4. in tit. fin. 30. p. 7.).

5 El testigo falso en asunto criminal en que no venga pena alguna corporal; incurre hoy en una arbitraria, segun las circunstancias que acaecieren; y la misma se aplica en los demás casos de falsedad, que no sean criminales (eod. n. v. 10. *Si vero.* et n. 13.); y si fuere en negocio civil se le deben sacar los dientes (eod. n. 10. et dict. vers. l. 3. tit. 4. for. ll. LIII.).

6 Asimismo comete falsedad el que se muda su nombre ó apellido con el fin de engañar á otro (n. 11.); el que achica ó altera las medidas selladas ó aprobadas por el Gobierno: en cuyo caso debe satisfacer á aquel con quien trató el duplo del daño que

LIII. La pena del testigo falso se halla hoy conmutada á pública vergüenza, y diez años de galeras, las quales serán perpetuas si el negocio fuere criminal. L. 7. tit. 17. lib. 8. *Recopil.*

que le hubiese inferido, y ser desterrado temporalmente (n. 12. l. 7. tit. 7. p. 7.): y el que hace algun pacto supuesto ó simulado (eod. n. vers. *Sexto*. l. 3. tit. 7. p. 7.). Con advertencia, que de la sentencia declaratoria del crimen de falsedad no se admite apelacion (n. 14.).

7 Aunque el Juez que pronunciase sentencia falsamente, el Escribano que otorgare falso instrumento, ó el testigo que faltó á la verdad confiesen *in articulo mortis* lo cierto del asunto, no hacen entera fe, ya por ceder en perjuicio de tercero, y ya por no ser confesiones judiciales: excepto si concurren otros indicios y presunciones de dicha falsedad, en cuyo caso todo ello unido prueba legítimamente, pues ninguno en aquel lance se presume olvidado de la salud eterna (n. 15.).

8 En prueba de lo antecedente hace que el Maestro Antonio Gomez logró su Cátedra de resultas de haber declarado uno de los que votaron la oposicion á ella, llevandolo á el cadahalso por haber hecho cierto homicidio; que habia botado por otro falsamente, y por lo mismo habia salido regulado con igualdad en competencia de nuestro Maestro; lo qual así lo manifestaba para descargo de su conciencia (eod. n. 15. vers. *Et istum casum* ad n. 16.). Sobre lo qual es de advertir, que el Doctor *maxime* estando en actual exercicio de alguna Cátedra tiene varios privilegios: Primero: las cinco insignias del Doctorado, que son: el ascenso á la Cátedra: bonete con flor encarnada: presentacion del libro abierto y cerrado: el anillo y ósculo (n. 16.): Segundo: que no puede ser demandado sin proceder venia, ni ante otro Juez que el suyo y privativo Escolástico: que

goza las preeminencias de noble, su viuda é hijos y por lo mismo ni puede ser preso por deuda civil; ser atormentado, cargado de cervicios y tributos personales de plebeyos; le es facultativo llevar armas en tiempo y por sitio prohibido &c. Tercero: que puede sentarse con el Juez en el sitio ó lugar donde exerza la judicatura: Quarto: que no debe ser condenado en costas, ni residenciado quando hubiere litigado, ó proferido sentencia segun opinion probable, aunque sea la comun: Quinto que puede lanzar á el vecino que con su oficio ruidoso le impida contra la quietud de su estudio: Sexto: que regentando por veinte años la Cátedra en propiedad, queda jubilado, y adquiere un honor preferente respecto de los otros antiguos Profesores (n. 16. vers. *Secundum*. ad n. 18. l. 8. tit. fin. p. 2.): cuyo tiempo debe ser continuo, y no interrumpido con otro destino, aplicacion, ó ausencia sin el permiso correspondiente (eod. n. 18. vers. *Advertendum*.). Sin que sea de omitir, que el Doctor creado por el Príncipe se prefiere á los demás, aunque mas antiguos, como en aquel haya precedido un riguroso exâmen; mas no si lo fuere de mera gracia (eod. n. vers. *Circa*.). Tambien tiene preferencia, maxime siendo jubilado, é ilustre, á el Soldado, en los actos litererios; mas no en los Militares, ni en los ambiguos ó promiscuos de uno y otro (eod. n. vers. *Item etiam quaro*.).

FIN.

INDICE GENERAL

De las cosas mas notables en este
Compendio.

A

A Bogado. Qué tiempo de estudio ha de preceder para serlo, n. 5. §. 2. in leg. 2. fol. 11.

Si el que adquiere sin las solemnidades civiles, aunque éste defecto lo disimule el derecho natural, deba en conciencia restituir lo adquirido á su dueño; ó si habiendo intervenido aquellas, pueda retenerlo, por mas que tenga obligacion natural de devolverlo, nn. 124. y 125. §. 28. in leg. 3. fol. 35. y 36.

Acceso. Entre los cónyuges cómo sea licito; qual sea el de estupro, y sus penas, ex n. 1. ad 13. in clus. §§. 1. y 2. in leg. 80. y sig. fol. 354.

Acceso con viuda, si sea tolerado, n. 14. §. 3. in ead. leg. fol. 359

Acceso entre parientes: de su prohibicion, penas, y modo de probarse, nn. 15. 16. 17. y 18. §§. 4. y 5. in leg. 80. et fol. 355.

Acceso con Clerigo, Religioso, ó casado: su prohibicion y penas, nn. 19. 20. 21. y 22. §§. 6. y 7. in leg. 80. fol. 355. y 356.

Acceso del esclavo con su señora: su prohibicion y penas, n. 23. §. 7. in leg. 80. et fol. 356.

Acceso del Tutor ó Curador con su pupila ó menor: su prohibicion y penas, como el del Alcaide de la carcel con alguna presa, nn. 24. y 25. §. 8. in leg. 80. et fol. 356.

Acceso con persona de otra secta: su prohibicion y penas n. 26. §. 9. leg. 80. et fol. 357.

Acceso contra naturam, y bestial: sus penas, y modo de probarse, ex n. 32. ad 35. inclus. §§. 11. 12. y 13. leg.

80. et fol. 358. y 359.

Acceso con violencia ; sus penas, y quando éstas tengan lugar, ex n. 36. ad 45. inclus. ex §. 14. ad 18. exclus. ex leg. 80. et fol. 359. y 360.

Accion ordinaria y executiva. Quando y porqué tiempo se prescriban, nn. 1. 2. y 3. in leg. 63. fol. 317. y 318.

Adulterio. Quando se verifique, sus penas, y modo de probarse ; quien pueda acusarlo y castigarlo ; qué efectos produzca ; qué excepciones competan contra la acusación de este delito, ex n. 46. ad 72. inclus. ex §. 18. ad 30. exclus. in leg. 80. et fol. á 360. ad 364.

Alimentos. Si se deban á los hijos ilegítimos, su cuota, y derecho que en ella tienen estos despues de adquirida. ex n. 36 ad 42. inclus. §. 11. in leg. 12. fol. 64.

Aniversarios. Si sigan la naturaleza de los mayorazgos en el derecho de representacion, y demás qualidades que en estos se verifican, n. 65. §. 23. in. leg. 40. fol. 158.

Apelacion. Si la haya de la sentencia posesoria, n. 194. §. 109. in leg. 45. fol. 236.

Ascendientes. Succeden á sus descendientes segun la prerrogativa del grado, y por lo mismo en la linea de aquellos, no hay derecho de representacion, nn. 6. y 7. in leg. 6. §. 2. fol. 41. y 42. : y si entre aquellos deba hacerse distincion de bienes paternos ó maternos habidos por el nieto á quien heredan, y si succedan in stirpes, ó in capita, nn. 8. y 9. §. 4. in leg. 6. fol. 43. : y quando procede la costumbre de hacerse dicha distincion, n. 14. §. ult. in leg. 6. fol. 45.

Ascendientes. Si no solo les excluya de la sucesion el hijo legítimo del difunto á quien tratan de heredar, si no tambien el expurio, natural, legitimado, substituto, pupilar, y otros, n. 10. §. 3. in leg. 6. fol. 42. Si quando succeden á el descendiente, cuyo usufructo tenian, reservan íntegramente este derecho en competencia de los coherederos que carecian de él, nn. 11. y 12. §. 5. in leg. 6. fol. 44.

Asignarse. no puede en cosa cierta por el hijo que tiene ascendientes la tercera parte que dexare de su caudal á un extraño, aunque si le es facultativo hacerlo en favor de alguno de aquellos, nn. 3. y 4. §. 1. in leg. 12, fol. 90.

B

B *Achiller.* Quien pueda serlo y qué circunstancias han de preceder para la obtencion de este grado, n. 7. §. 3. in leg. 2. fol. 12.

Bienes de mayorazgo. Si puedan enagenarse; permutarse, aprendersse, ó hipotecarse, arrendarse, sujetarse á servidumbre, ó sobre ellos transigirse, ex n. 81. ad 86. inc. us. §§. 32. y 33. in leg. 40. fol. 163. Si por alguna causa piadosa padezcan enagenacion, n. 87. §. 33. in ead. leg. fol. 164. Y si de facto fuesen enagenados por el poseedor, pueda el inmediato reivindicarlos, n. 88. §. 34. in ead. leg. 40. fol. 164. Si los bienes de mayorazgo puedan enagenarse con facultad Real prescribirse y confiscarse por delito, nn. 89. 90. y 91. §§. 35. y 36. in ead. leg. fol. 164. y 165.

C

C *Lausula.* codicilar y sus efectos, ex n. 60. ad 64. et n. 78. inclus. §. 17. in leg. 3. fol. 26. y 27. et n. 78. et 86. 87. y 88. §. 19. ead. leg. fol. 28. y 29. : y en qué casos se entiende puesta virtualmente, nn. 74. ad 77. §. 19. ead. leg. fol. 28.

Y si las hembras puedan en ellos servir de testigos, n. 70. §. ead. leg. et fol. 27.

Codicilos: sus solemnidades, nn. 66. 67. 68. y 69. §. 18. ead. leg. fol. 27.

Condenado. á muerte civil ó natural, si se hace siervo de pena; si puede hacer testamento; y qué efectos resulten de permitirsele esto, ser instituido heredero, y celebrar contratos, ex n. usque ad 8. inclus. in leg. 4. §§. 1. y 2. fol. 37. y 38.

Colaterales: cómo sucedan: en qué forma se haga el cómputo del grado en que se hallen: si estando en uno mismo deban todos suceder sin diferencia de que sean agnados ó cognados. n. 1. 2. y 3. §. 1. in leg. 8. fol. 46. y 47.

Consanguíneos pobres no pueden excluirse de la sucesion con seguridad de conciencia, é instituirse á un extraño, n. 4. in eod. §. et leg. et fol. 47. : hasta que grado sucedan, n. 5. y 6. §§. 2. y 3. in ead leg. fol. 47. y 48. : si sea preferido á los demás del mismo, el que tenga mayor qualidad; y si esta circunstancia se tenga en consideracion fuera de los hermanos y sus hijos, nn. 7. y 8. §. 4. Si entre los colaterales hay representacion hasta quienes, y efectos que produce, ex n. 10. ad 14. inclus. §§. 6. y 7. in leg. 8, fol. 50. y 51. ; y si aquella procede *in infinitum*, siendo derecho indivisible lo en que se haya de suceder, n. 19. §. 10. in leg. 8. fol. 52.

Colaterales que se hallan fuera del tercero grado suceden, atendida la mayor proximidad de su grado, y toman porciones iguales los que se hallen en un mismo grado, n. 18. §. 10. in ead. leg. fol. 52. En defecto de colaterales si suceda el cónyuge superstite, Tutor, Hospital, ó el Fisco, y cuándo cada uno, ex n. 20. usque ad 26. inclus. §. 11. 12. y 13. in leg. 8. fol. 52. y 53.

Colacion. Qué sea, y qué motivo la induxo; si proceda *ex testamento*, y ab intestado, y si los hijos confieran lo dexado en aquel, nn. 1. 2. 3. y 4. §. 1. in leg. 29. fol. 110. et 111. Y si sea conferible por los mismos lo recibido en vida, si están desiguales en la institucion, n. 5. §. 2. ejusd. leg. fol. 111.

Colacion, Para que tenga lugar qué requisitos han de intervenir, ex n. 31. ad 36. exclus. §. 17. in leg. 29. fol. 120. 121. 122. Cómo se haga la colacion, y remedios para compeler á su execucion, y si este derecho es transmisible á los herederos, n. 36. y 37. §. 17. in ead. leg. fol. 120. 121. 122.

Conferir. Quienes pueden, y con quienes, ex n. 6. ad 10. exclus. §. 2. 3. y 4. in ead. leg. fol. 112. 113.

de las cosas mas notables. 375

Conferirse, qué bienes se deban, ex n. 10. ad 31. exclus. ex §. 5. ad 15. inclus. in ead. leg. 29. fol. 114. 115. 116. 117. 118. 119.

Computacion. Qué sea quando se verifique, y en qué se diferencie de la Colacion, y qué bienes se computen en legitima. ex n. 38. ad fin. leg. 29. ex §. 19. fol. 123. 124. 125. 126.

Captatoria voluntad. Que sea, quando se verifique, razon de su prohibicion, y si valga en los legados, nn. 1. 2. y 3. §. 1. in leg. 31. fol. 128. 129. Y si la ley pueda permitir su validacion, n. 5. §. 3. in ead. leg. fol. 130.

Comisario. Solemnidad de esta comision, y por qué ha de ser la misma del testamento, nn. 1. y 2. §. unic. in leg. 39. fol. 141.

Castillos y Fortalezas. Qué facultad haya para su construccion y reparacion; y si ésta deban costearla los propios, ó en su defecto los vecinos, siendo obra pública, nn. 14. 15. 16. y 17. §. 10. in leg. 46. fol. 244. Si pueda someterse á otro la voluntad para que disponga de sus bienes, n. 1. §. 1. in leg. 32. fol. 131.

Comisario: qué tiempo tenga para hacer la disposicion: si pueda alterarlo el Testador; y si pasado, sea lícito á aquel executar su comision, aun habiendola ignorado, nn. 1. 2. 3. y 4. §. 1. y 2. in leg. 33. fol. 132. y 133.

Comisario: si pueda revocar el testamento hecho por él que le dió el poder, n. unic. §. unic. in leg. 34. fol. 134; y si el que el mismo hizo, n. 1. §. unic. in leg. 35. fol. 134. Quando el Comisario no hizo el testamento, los parientes herederos qué deban distribuir por el alma del Testador? y si esto proceda quando el principal muere ab intestado, nn. 1. y 2. in leg. 36. §. 1. fol. 135.

Habiendo muchos Comisarios, Jueces en una causa, árbitros, Procuradores, Curadores, Tutores, ó Administradores, si pueda uno sin los otros exercer sus respectivos cargos y funciones, ex n. 1. ad 6. inclus. §. 1.

y 2. in leg. 38. fol. 139. y 140.

Del Contrato censual y emphiteutico y superficiario; y si valga la pena convencional puesta en ellos, y quando se presuman pagados todos los atrasos, ex n. 1. ad 5. ex §. 1. ad fin. leg. 68. fol. 325. 326. 327. 328.

Casados. Dos ó mas veces viviendo su primer cónyuge, su prohibicion y penas, ex n. 27. ad 31. inclus. §. 10. in leg. 80. et fol. 357.

D

D*onacion universal*: quando valgá, in tota leg. 69. fol. 311. y 312.

Descendiente. Si pueda repudiar la herencia, y aceptar la mejora, n. unic. §. unic. in leg. 21. fol. 93.

Detentacion. Qué sea, y en qué actos se verifique, y qué efectos produzca este derecho, ex n. 6. ad 17. inclus. §. 4. 5. y 6. in leg. 45. fol. 173. 174. 175.

Division hecha por el padre de su caudal entre los hijos, si sea revocable, n. 21. §. 10. in leg. 17. fol. 87. y 88.

Dote. Quanta pueda dexarse á la hija expuria, n. 43. §. 12. in leg. 9. fol. 65.

Donacion. Si valga entre padres é hijos, nn. 4 y 5. §. 2. in leg. 17. fol. 83. et n. 9. §. 4. ead. leg. fol. 84.

Dominio. Qué sea, su invencion, y modo de adquirirse, ex n. 1. ad 5. inclus. §. 1. 2. y 3. in leg. 45. fol. 171. 172. 173.

Dominio: si pueda adquirirse por muchas causas; n. 8. 9. §. 43. in leg. 45. fol. 198.

Dominio: cómo se pierda, n. 110. §. 53. leg. 45. fol.

Donacion (vulgo *Donas*). Qué sea, si sea licita entre los cónyuges: de su adquisicion y pérdida por estos interviniendo ósculo ó cópula: qué efectos produzca, y demás que sobre ella puede ofrecerse, ex 1. n. ad 8. iuclus. ex §. 1. ad 7. exclus. leg. 50. y sig. fol. á 265. ad 268.

de las cosas mas notables. 377

Donacion propter vel ante nuptias. Quando se verifica de sus diferencias, y conveniencias con la dote; y si en lugar de aquella ha su cedido la donacion de arras; y en qué cantidad consista, ex n. 9. ad 14. ex §. 7. ad. 12. exclusive. l. 50. y siguientes, fol. á 269. ad 273.

Dote. Qué sea, sus especies, y efecto: obligacion de constituirla en favor de las hijas: de su restitucion, y preferencia que la muger tenga por ella, respecto de otros acreedores, qué condicion embeba su promision; y qué acciones competan tanto á el marido para pedirla, como á la muger para recuperarla; y demás que sobre esta donacion pueda ocurrir, ex n. 15. ad 63. inclusive, ex §. 12. ad 51. exclusive, in leg. 50. y siguientes, fol. á 274. ad 300.

Donacion llamada intervium et uxorem. Que sea quando valga, y se confirme por tiempo, ó por muerte, ex n. 64. ad 68. inclusive, §. 51. ad 55. exclusive, in leg. 50. y siguientes, fol. á 301. ad 304. Por el delito que comete alguno de los conyuges, si el otro pierda sus bienes gananciales, y todos se confisquen in tot. leg. 77. fol. 248. y si lo mismo suceda respecto de los demás bienes suyos propios, in tot. leg. 78. fol. 348. 349.

Doctor. Sus insignias. y privilegios, n. 16. 17. y 18. §. fin. in leg. 83. fol.

Distribucion cometida para su reparto entre pobres. Si excluya á la muger, ó visto, y en qué lugar deba hacerse, n. 2. 3. y 4. §. 1. y 2. leg. 32. fol. 131. y 132.

E

Leccion y comision. A persona incierta de ciertas quando valga, n. 4. §. 2. in leg. 39. fol. 129. Si pueda cometer á el heredero, ó comisario la del sujeto que elijan para el legado, ó mejoramiento: y si hecha puedan revocarla, n. 48. 49. y 50. §. 15.

in leg. 40. fol. 142.

Enajenar. Si pueda el grabado á restituir la herencia, n. 54. §. 17. in fin. leg. 40 fol. 154.

Emphiteuta. Quando pierda su derecho, enajenando la cosa sin requirimiento del dueño. directo, n. 94. y 95. §. 40. in leg. 45, fol. 196.

Edificar en lo suyo. Si se pueda aunque se perjudique á el vecino, y limitaciones de esta regla, n. 5. 6. 8. y 9. §. 4. 5. y 6. leg. 46. fol. 240. 241. y si tambien sea lícito, aunque en la casa del vecino haga pie, descantes, ó cubra parte de ella, n. 19. §. 11. leg. 46. fol. 245.

F

Familia. Hasta qué grado se extienda rigorosamente qué efectos obre la dejacion, que se le haga de legado fideicomiso, ú otra cosa, con prohibicion de enajenar la cosa fuera de ella; y que obre la disposicion en que se llama á familia estraña, orden de suceder los de esta y aquella ex n. 40. ad 47. inclusi e ex §. 11. ad 15. *exclusive* in leg. 40. fol. 150. 151. 152.

Fideicomiso tácito. Si lo induzca entre los herederos reciprocamente la prohibicion, que se haga á todos ellos de no enajenar, ó la prebencion de que el último, que muriese restituya la herencia toda á alguna persona. n. 52. y 53. §. 16. y 17. in leg. 4. fol. 153.

Facultad Real. Qué efectos produzca interviniendo en la institucion de Mayorazgo, n. 55. §. 18. in leg. 40. fol. 154.

Frutos pendientes en las fincas del Mayorazgo quando muere el poseedor. Si pertenezcan á el inmediato sucesor, ó á los herederos, n. 74. §. 30. in leg. 40. fol. 161.

Fortalezas, ó Castillos, Si puedan hacerse sin licencia del Rey, n. 5. §. 4. in leg. 46. fol. 240.

Fianza de arraigo. Quando tenga lugar, y quién deba darle, nn. 1. 2. y 3. §. 1. y 2. in leg. 66. fol. 323. y 324.

Falsedad. Quando, y en qué casos se verifique: cuántas especies comprenda, y qué penas tenga cada una, ex. n. 1. ad 15. inclusive, ex. §. 1. ad 8. exclusive in leg. 83. fol. á 366. ad 369.

G

Gastos de funeral. De donde se saquen, y si sean preferibles á otros credits, n. 1. y 2. §. unic. in leg. 30. fol. 126. y 127.

Gananciales, que sean, y deban por tales estimarse. Cómo se regulen; y en qué casos se pierda por los conyuges la mitad de lo que á alguno pertenece: remedios para recuperar los que se hallen enagenados; qué costumbre se ha de atender para este lucro, si la de domicilio del marido, ó el de la muger, ó donde se contrajo el matrimonio: de su trasmision, y pérdida por la viuda siendo inhonesta, ex n. 69. ad final. ex §. 55. ad ultim. leg. 50. fol. á 305. ad 309.

H

Heredero. Si esté obligado *extravires hereditarias* en el fuero de conciencia. quando aunque no hizo inventario, le consta el quanto de lo heredado, n. 121. §. 27. in leg. 3. fol. 84.

Hijo de familias. Si pueda hacer testamento; y si el hecho por él en otro Reyno, produzca efecto, respecto de los bienes sitos en el nuestro, n. 1. y 2. §. unic. in leg. 5. fol. 39.

Hermanos instituidos por su hermano. Si se comprenden tambien para la sucesion los que solo lo sean *ex uno latere*, n. 9. §. 5. in leg. 8. fol. 49.

Si los hijos de hermano instituidos con sus tios, que

es hermano del testador, sucedan *in capita*, ó *instirpes*, n. 14. § in leg. 8. fol. 50. 51.

Instituidos los hermanos. Si se entiendan llamados los hijos de los ya premuertos, n. 17. §. 9. ead. leg. fol. 52.

Hijo natural. Qual se llame, y circunstancias que han de concurrir para serlo; de su sucesion á el padre y ascendientes, y de la de estos respecto de aquel ex. n. 1. usque ad 8. inclus. ex. n. 11. §. 1. y 1. in leg. 9. fol. 56. 57. como sucedan á la madre, nn. 9. 10. 11. y 12. §. 3. in ead. leg. fol. 57. 58.

Hijos de damnado ayuntamiento, expurios, ó de otro modo ilegítimos, si sucedan, como y quando á sus padres, y ascendientes; ex n. 13. ad 17. inclus. §. 3. y 4. in ead. leg. fol. 58. 59. De qué modos queden seguros para dejarles á semejantes hijos alguna cosa fuera de los alimentos, nn. 18. y 19. §. 5. in ead. leg. fol. 59; 60. Si puedan ser substituidos á otros hijos legítimos, n. 20. §. 6. in ead. leg. fol. 60. á quien corresponda la parte dejada á el hijo incapáz; y si puedan dejarseles algo por fideicomiso expreso, ó tácito: efectos que este produce, y conjeturas para su conocimiento. ex n. 21. ad 31. inclus. §. 7. 8 y 9. in leg. 6. fol. 61. 62. 63. Si puedan adquirir alguna cosa por contrato entre vivos, n. 32. ad 35. inclus. §. 10. leg. 9. fol. 63. los hijos ilegítimos suceden á sus padres en él, y demas que mira á el derecho de sangre, y efectos que se siguen de esto, nn. 51. 52. y 53. §. 16. in leg. 9. fol. 67.

Homicida. Si pueda suceder á los herederos de aquel á quien mató, n. 14. §. 7. in leg. 22. fol. 97.

Hembras. Si puedan ser Albaceas, ó Comunarias del testamento en los casos permitidos, n. 6. §. 4. in leg. 31. fol. 130.

Hembra Si sea preferida en la sucesion del Mayorazgo, quando estuviese llamado el mayor simplemente, y ella lo fuese respecto del varon del mismo gra-

de las cosas mas notables. 381

grado, n. 62. §. 22. in leg. 40. fol. 157. Si están llamadas en defecto de varones, se admiten, ó prefieran los que de ellas desciendan, n. 63. eod. §. leg. et fol. 157.

Hijo de familias. Si se liberte de la potestad de su padre, y se haga *sui juris.*, en quanto a todos sus efectos contrayendo matrimonio, n. 2. y 3. §. 1. y 2. leg. 47. fol. 254. 255.

Hidalgo. Si pueda ser preso por deuda, y quando y quien se tenga por tal in tot. leg. 79. fol. á 349. ad 352.

Hijo adulterino. Cómo deba ser aconsejado por la madre para no perjudicar á los legítimos, y esta queda segura en conciencia, n. fin. §. 39. leg. 80. á fol. 365.

I J

I*nstitucion.* Hecha por señas quando se obliga en fideicomiso, n. 114. §. 25. in leg. 3. fol. 33. Si valga y tenga efecto, quando habiendola hecho el testador con la condicion: *Si ex hac infirmitate decessero*, escapare de ella, y despues viviere algun tiempo. n. 126. §. 29. in leg. 3. fol. 36.

Juicio de suerte. Quando tenga lugar, n. 7. §. ultim. in leg. 28. fol.

Interdicto quorum legatorum. Qué sea, quando, á quines, contra qué personas, y sobre qué cosas compete, ex n. 130. ad 133. inclusive §. 69. leg. 45. fol. 214.

interdicto uti possidetis. Qué sea, quando, á quienes, y contra quienes compete; como se intente, y sus efectos, ex n. 168. ad 179. inclusive, ex §. 80. ad 96. exclusiv. leg. 45. fol. á 225. ad 230.

Interdicto recuperanda. Que sea, á quienes compete, en qué casos, sus efectos y excepcion, que lo elidan; y demás sobre esse remedio, ex n. 180. ad 192. ex §. 96. ad 108. exclusiv. fol. á 231. ad 235.

Instrumento público. Quando sea executable, y contra quienes: si compete este derecho á los sucesores á el acreedor in tot. leg. 64. fol. á 318. ad 321.

Interrupcion. Qué sea, sus efectos, n. 1. §. 1. in leg. 65. fol. 322. 323.

Juramento Qué sea, y si pueda hacerse sobre cosas sagradas, in tot. leg. 67. fol. 324. 325.

L

L *Ey.* Qué sea, y sus requisitos, nn. 2. y 5. §. 1. in leg. 1. fol. 6.

Si obligue en el fuero interno, n. 3. y 4. §. 2. in leg. 1. pag. 6.

Quien puede establecerla, è interpretarla, nn. 6. y 7. §. 2. in leg. 1. fol. 6.

Qué orden se ha de observar en la atencion de las leyes, para determinar los pleitos y negocios, nn. 1. 8. 9. y 10. §. 5. in leg. 1. fol. 8. 9. 10.

La ley referente subsiste, aunque no aparezca aquella á que se refiere, n. 11. §. 3. in leg. 1. fol. 6. 7.

Legitimacion de los hijos. De cuántos modos se verifica, y de la sucesion de ellos, respecto de sus padres, bien estando solos, ó en concurrencia de los legítimos, ex n. 54. ad 70 inclus. §. 77. 18. 19. 20. y 21. in leg. 98. fol. 67. 68. 69. 70.

Legítima de los hijos. Quánta sea, y si para su cómputo se ha de sacar primero el quinto que el tercio del caudal de los padres, nn. 1. y 2. §. 1. in leg. 17. fol. 81. 82. y si deban satisfacerse de los mismos bienes, ó puedan pagarse con dinero efectivo, n. 3. §. uníc. in leg. 20. fol. 91. 92.

Licencia Real. Si deba preceder á la intencion del Mayorazgo, y si en duda así deba presumirse á exemplo de la emancipacion del hijo, mejorandosele á este, n. 1. 2. 3. y 4. §. 1. y 2. in leg. 42. fol. 168.

169. y si dicha licencia espire por muerte del Rey que la dió, n. unic. §. unic. in leg. 43. fol. 170.

Lenocinio. Quién lo cometa, quando se verifique, y qué pena tenga, n. 73. y 74. §. 30. in leg. 80. á fol. 365.

M

Madre que casa segunda vez. Si esté obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes, que hubiese heredado de alguno de estos, del marido, ó sus parientes: cómo, quando, y en qué casos proceda esto; y si se verifica lo mismo en el marido que contrae segundo matrimonio, ex n. 1. ad 7. inclus. ex §. 1. ad 6. in l. 14. 15. y 16. fol. 74. 75. 76.

Madre que casa segunda vez. Si pierda lo que el marido le dexase, con tal de que así no lo executase. ó que viviese casta, y honestamente: la tutela de sus hijos, y á quienes se desiera entonces este encargo; y si tambien la pierda teniendo vida lujuriosa; y si lo mismo se verifique en el marido, ex n. 8. ad 15. inclus. ex §. 6. ad 10. inclus. in eisd. l. fol. 76. 77. 78. 79.

Madre que muerto el marido trae vida lujuriosa, si deba reservar á los hijos lo que de alguno de ellos hubiese heredado; y si pierda la mitad de gananciales que la corresponden: donacion, herencia, ó legado dejado por el marido, nn. 16. y 17. §. 10. eisd. l. fol. 79. y si no pidiendo antes de casar segunda vez se les proveyese á los hijos de Tutor, pierda la sucesion de estos: y que sea quando faltare á sí año de la muerte del padre, en que se debe hacer dicha pretension un tiempo tan breve, que en él no se pudiese evacuar la provision de Tutor judicial, nn. 18. y 19. §. 11. y 12 in eisd. ll. fol. 80. 81.

Mejora. Quando sea irrevocable, y quando no, n. 3. §. 2. in leg. 17. fol. 82. et n. 10. §. 5. in ead. leg.

fol. 84. et n. 24. §. 11. ead. leg. fol. 88. y si sea irrevocable en quanto á los bienes adquiridos despues de dada la posesion; y si la clausula de constituto sea extensiva á los futuros; y qué suceda quando la posesion se dió limitada á los presentes, nn. 11. 12. y 13. §. 5. in ead. leg. fol. 84.

Mejora del tercio. Si deba suplirse hasta quando la cosa en que se asignó no alcanzase para completarlo si pueda hacerse en favor de un solo hijo; y deba hacerse quando hay mas en favor del mas digno y benemérito, y si se vicia no expresando el quinto del mejoramiento, sino haciendolo simplemente, n. 14. §. 6. in ead. leg. fol. 85. et nn. 18. 19. y 20. §. 9. y 10. ead. leg. fol. 87.

Mejora. Es irrevocable, aunque su posesion sea dada por tradicion del instrumento, ú otro qualquier acto ficto; y si hecha por via de casamiento, en general, sin contraerse á persona cierta, con quien se haya de celebrar, se pueda revocar, nn. 15. 16. y 17. §. 8. in leg. 17. fol. 85. 86. Si valga el gravamen sucesivo puesto á el tiempo de la mejora; y habiendose omitido entonces, pueda ponerse despues, nn. 22. y 23. §. 10. y 11. in leg. 17. fol. 88.

Mejora. Si pueda hacerse en favor de los nietos; y si haciendola la Madre en los bienes, cuyo usufructo sea del padre, este quede privado de él, n. 1. 2. y 3. §. unic. in leg. 18. fol. 89.

Mejora. Si pueda asignarse en cosa cierta; y si esta facultad pueda cometerse á otra persona; y si se entienda revocada, enajenandose la cosa señalada, n. 1. 2. y 2. 5. §. 1. y 2. in leg. 19 fol. 90 91. y si puedan satisfacerse en dinero por los herederos, n. 1. y 2. §. unic. in leg. 20 fol. 91. 92.

Mejora. Si pueda aceptarse por el hijo, y repudiarse la herencia, n. unic. §. unic. in leg. 21 f. l. 93.

Mejora de tercia. Si haga respeto para su cómputo á el tiempo en que se hace, ó á el tiempo de la muer-

te, n. unic §. unic l. 23. fol. 104.

Mejora Si subsista rompiendose el testamento, siendo n. lo, n. 4. §. 4. l. 24. fol. 107.

Mejora de tercio y quinto. Si se saque de las donaciones que los hijos deben colacionar, n. unic. § unic. l. 25. fol. 107.

Mayorazgo. Què sea, y de qué derecho proviene, nn. 1. y 2. §. 1. in leg. 40. fol. 142. Por quantos conceptos se verifique, si en la Soberanía de los Reyes, y sucesion del Reyno; modos de ésta, hasta qué grados se extiende, qualidades del Monarca, y demás sobre esta materia, ex n. 3. ad 11. exclus. §. 2. 3. 4 y 5. eisd. leg. fol. 142. 143 144 Y si tambien consista en título de Duque, Conde, Marques &c.; y qué derechos tengan estos en él, ó sus herederos, nn. 11. y 12. §. 6. in ead. leg. fol. 144. 145.

Mayorazgo. Tambien consiste en bienes particulares prohibidos de enagenar; si sea ilícita la prohibicion de enagenar por contrato entre vivos, y en qué casos sea permitida, y produzca efecto, ex n. 13. ad 38. inclus. ex §. 7. usque ad 10. inclus. in leg. 40. fol. 145. 146. 147. 148 149. 150.

Mayorazgo. Si puedan constituir los padres con seguridad de conciencia; elegir al descendiente que quieran, privando á los demás de su legitima; tengan ó no obligacion de elegir el mayor; si éste se entienda llamado, expresando el Fundador que sea uno el poseedor; y preferir las hembras á los varones; y si los que desciendan de ellas se admitan estando escludidas, ex n. 56. ad 61. inclus. §. 19. 20. y 21. in leg. 40. fol. 155. 156.

Mayorazgo De qué modos se pruebe; y si por la inmemorial; y qué requisitos tenga ésta. nn. 1. 2. 3. y 4. § unic in leg. 41. fol. 167. 168

Molinos. Quién, cuándo, y en qué sitio puedan hacerse, nn. 10. 11. y 12 §. 7. y 8. leg. 46. fol. 242.

Matrimonio clandestino. Cuando se verifique, y sus penas, nn. 1. y 2. §. 1. y 2. in leg. 49. fol. 262.

Muger. Quándo pueda contraer sin licencia del marido; y si sea suficiente que este despues ratifique el contrato expresa ó tácitamente; y si pueda sin permiso de aquel constituir Procurador, ex n. 1. ad ultim. leg. 54. y sig. ex §. 1. ad fin. fol. 311. 312.

Si pueda renunciar los gananciales, y qué efectos produzca esta renuncia, n. unic. §. 1. y 2. in leg. 60. fol. 312. 313.

Muger. Si pueda ser fiadora del marido, ó vice versa; ó de un tercero; obligarse *in solidum* con aquel, y si hay algun caso en que pueda interceder por el marido, ex n. 1. ad ultim. ex §. 1. ad fin leg. 61. fol. á 314 ad 316.

Muger. Quándo pueda ser presa por deuda; y ai siendo pública pueda pedir lo prometido, y retener lo que se le hubiese dado, nn. 1. 2. y 3. §. unic. in leg. 62. fol. 316.

O

O*Bra.* Quando el Maestro ú Oficiales queden responsables á su seguridad, n. 18. §. 10. leg. 46. fol. 245.

Obra nueva, y su denunciacion, quando tenga lugar, qué remedios competan para hacerla ó impedir la, y diferencia de estos á el de dicha denuncia. nn. 20 21. y 22. §. 13. leg. 46. fol. 246. Obra nueva, qué personas puedan denunciarla ex n. 23. ad 27. inclus. §. 14. y 15. in leg. 46. fol. 247. 248. y á quienes, nn. 28. y 29. §. 16. y 17. in leg. ead. fol. 248. 249. Sobre qué cosas, n. 30. §. 18. in ead. leg. fol. 249. Modos de formalizarse, y diferencia que media entre unos y otros, nn. 31. y 32. §. 19. ead. leg. fol. 249. 250. Que efecto produzca la denuncia de nueva Obra, quando, cómo, y en qué casos deba cesar ó seguir su construccion, ex n. 34. ad 38. incl. §. 21. 22. 23. y 24. ead. leg. fol. á 250. ad 252. Por qué tiempo dure la facultad de denunciar nueva Obra; y si el interdicto que para ello se intenta, ó el demolitorio para que lo echo se destruya pase á los herederos, nn. 39. 40. é 41. §. 25. 26. y 27. leg. 46. fol. 253. 254.

P

P *Principe.* No puede privar á los súbditos del derecho adquirido, si no intervengan justas causas; y quales sean estas, n. 11. § 5. in leg. 1. fol. 7.

Padres y demás ascendientes, cómo, en qué bienes, y si con exclusion de los hermanos del hijo ó descendiente difunto suceden á estos, nn. 1. 2. 3. y 4. §. 1. in leg. 6. fol. 40. Y de qué derecho provenga esta sucesion, y sus efectos, n. 5. eod. §. et leg. et fol. 40 41. El padre no tiene el usufructo de la tercera parte que el hijo dexare á un estraño, estando aquel provisto con las otras dos, que es su legítima. n. 13. § 6. in leg 6. fol. 45.

Padres. Tienen la misma incapacidad de suceder á sus hijos ilegítimos, que estos á aquellos, n. 44. y 55 §. 13. in leg. 9. fol. 65.

Por la *Pretericion* del hijo se anula el testamento del padre, aunque aquel sea pósthumo, como éste nazca naturalmente, y qué circunstancias se han de verificar para que el parto sea natural, ex n. 1. ad 4. inclus. §. unic. in leg. 13. fol. 71.

Pacto de no suceder qué sea, y quando valga, sus efectos, ex n. 1. ad 16. inclus., ex §. 2. ad 9. exclus. in leg. 22. fol. 94. 95. 96. 97. 98.

Pacto de suceder, qué sea, y si es válido entre Militares, nn. 17. y 18. § 9. in ead. leg. 22. fol. 98.

Pacto de conseruar la herencia futura, que sea, si es válido, que efectos produce, y qué inteligencia tiene la ley 22 de Toro sobre este concepto en quanto á las promisiones de mejorar, ó no mejorar á alguno de sus hijos, ex n. 19. ad 29. inclus. ex §. 10. ad 14. exclus. leg. 22. fol. 99. 100. 101. 102.

Pacto en razon de dividir en cierto modo la herencia futura, qué sea, y qué virtud tenga, y quando sea licito, nn. 30. y 31. §. 14. y 15. ejusd. leg. fol. 102. 103.

Poseedor de mayorazgo. Si esté obligado á dar alimentos á sus hermanos, quedando la madre comun con facultad

rades para hacerlo, si sea dueño verdadero de los bienes de la dotacion de él; y si deba afianzar sobre su restitucion en favor del siguiente sucesor; y si éste en vida de aquel pueda solicitar se le declare por tal inmediato, ex n. 75. ad 79. inclus. §. 30. y 31. in leg. 40. fol. 161. 162. y si valga la institucion hecha por el Poseedor en favor del siguiente llamado, y qué efecto produzca, n. 80. §. 32. in ead. leg. fol. 163.

Posesion. Qué sea, y sus especies; y si para adquirirla se necesite título, y se transfiera siendo éste nulo, hecho por el menor, sin decreto judicial, de bienes vinculados, ó simulado, ex n. 17. ad 28. inclus. ex §. 7. ad 14. excl. in leg. 45. fol. 176. 177. 178. 179.

Posesion Si se transfiera por acto ficto, siendo nulo el contrato, y qué suceda quando éste espera convalescencia, como la donacion entre marido y muger, que se confirma por muerte del donante, nn. 29. y 31. §. 14. in leg. 45. fol. 179. 180.

Posesion. Por qué actos verdaderos se adquiera, y si á este fin se necesite la absoluta ocupacion del fundo, y si la posesion tomada en uno se extienda á otros distintos y separados, ó si en la casa á lo que en ella existiere; y como se adquiera en las cosas incorporales, ex n. 32. ead. 40. inclus. §. 15. 16. y 17. leg. 45. fol. 180. 181.

Posesion. Si se adquiera de nuevo por la entrada en la cosa con ánimo de continuar la Posesion que se creía haber, n. 41. §. 18. in ead. leg. fol. 182. Cómo se adquiera en la jurisdiccion, y si pueda adquirirse la civil sin la natural, ó por el contrario, nn. 42. 43. y 44. §. 19. y 20. in ead. leg. fol. 182. 183.

Posesion. Se adquiere por actos fictos, siendo el primero por vista de ojos. y todo lo que en razon de este modo de adquirirla se ofrece, ex n. 45. ed 55. inclus. §. 21. 22. y 23. leg. 45. fol. 183. 184. 185.

Posesion. Si se adquiere por entrega del instrumento y de su materia, ex. n. 59. ad n. 59. inclus. §. 25. leg. 45. fol. 186. Si por entrega de las llaves, nn. 60. 61. y 62. §. 26. ead.

ead, leg. fol. 187 Si por retencion del usufructo , nn. 63. 64. y 65. §. 2 ead. leg fol. 187. Si por la conduccion ó arrendamiento de la cosa nn. 66. 67. y 68 §. 28. ead leg. fol. 188

Si se adquiere posesion por la enagenacion que se hace en favor del que tenia la nuda detentacion de la cosa, ex n. 69. ad 73 inclus §. 28. y 29 leg. 45 fol. 188. Si por poner guarda y custodiador á la cosa nn. 74. y 75. §. 31. in leg. 45. fol. 190 Si por la asignacion de ella, nn. 76. y 77. §. 32. in ead. leg. fol. 190. Si por la clausula de constituto y de su materia , ex n. 78. ad 93. inclus. ex §. 33. ead. 38. inclus. in ead leg. fol 191 192.

Posesion. Quando se vicia por la incertidumbre , n. 96. §. 41. in leg. 45. fol. 196 Si pueda adquirirse por muchos titulos , n. 97. §. 42. in ead. leg fol. 197.

Posesion. Cómo pueda estar *in solidum* en muchas personas , nn. 99. y 100. §. 44. in leg. fol. 198.

Posesion ya adquirida, por que modos se retenga , y si la civil sin la natural , ó por el contrario; y quando. y en qué casos aquellas se pierda. ó ambas; que efectos produzca la pérdida de la civil que solamente se tenia, nn. 101. ad 104. inclus. §. 45. 46. 47 y 48 in ead. leg. fol. 200. La posesion civil sola que efectos produce , y quales sola la natural. nu. 105. 6. y 7 § 49. y 50. in leg. 45. fol. 201. 202.

Posesion de muebles semovientes , cómo se adquiera y retenga , n. 108, § 51. in leg. 45. fol. 203.

Posesion. Cómo se retenga por medio de otro. n. 109. §. 52. in ead leg fol. 203. 204.

Posesion Si la pierda el furioso , mentecapto , y otros que para adquirirla tienen el mismo defecto cod n §. 53. ead. leg. fol. 204. 205.

Si la ley pueda hacer que pase á otro la posesion sin arto verdadero ó ficto de ella ; cuál sea la que se transfiere á el siguiente sucesor , y que efectos produzca , nn. 111. 112. 113. y 114. ex §. 54. ad 58. inclus. leg. 45. fol. 205. 206. 207.

La posesion que induce la ley 45. de Toro si cese luego que se aprende la corporal; y si esta Real disposicion tenga lugar en qualesquiera bienes vinculados y sujetos á restitucion, y en todos los sucesores subsiguientes á el primero, nn. 115. 16. y 17. §. 60. in leg. 45. fol. 208.

Poseedor actual de mayorazgo. Qué remedios tenga contra aquel en quien se encuentran los bienes muerto el anterior, nn. 118. 19. y 20. §. 61. y 62. in leg. 45. fol. 209. 210.

Posesion legal, y sus efectos, nn. 27. 28. y 29. §. 67. y 68. leg. 45. fol. 213. 214.

Peticion de herencia. Quándo, á quiénes, contra que personas competa, y en qué cosas, y en qué se diferencie del remedio *Quorum bonorum*, ex n. 153. ad 167. inclus. ex §. 81. ad 87. exclus. fol. 221. usque ad 225.

Posesion. Cómo se prueba, n. 193. §. 108. y 109. in leg. 45. fol. 235. 236.

Poseedor de buena fe. Qué impensas recupere de las hechas en la cosa, nn. 2. y 3. §. 2. y 3. leg. 46. fol. 238. 239.; y quales el Poseedor de mayorazgo, n. 4. cod. §. 3. et leg. fol. 239.

Puente ó Pasadizo. Si pueda hacerse de acera á cera en atravesando alguna calle pública, n. 13. §. 9. leg. 46. fol. 243.

Padre Si tenga el usufructo en los bienes del hijo, quando los pierda en todo ó en parte; y demás sobre esta materia, ex n. 1. ad fin. ex §. 1. ad ultim. per tot. leg. 48. ex fol. 256. usque ad 261.

Prescripcion. Qué sea, y sus efectos in tot. leg. 65. fol. 322. 323.

Q

Quarta Trebeliánica. Si pueda sacarse por el hijo extra de su legítima de la herencia, con cuya restitucion se halla gravado, n. 84. §. 19. in leg. 3. fol. 28.

R

Restitucion. Si pueda hacerla en vida el heredero, legatario &c. que se le hubiese hecho este encargo por el difunto en favor de los hijos de aquel, ó de pobres, doncellas, &c. n. 6 y 7. in leg. 17. §. 3. fol. 83.

Renunciar el mayorazgo, si pueda su poseedor, 70. §. 27. in leg. 40. fol. 159

Remedio de la ley, fin. *C. de edict. D. Adrian tollend.* qué sea, quando tenga lugar, á quienes competa, en qué casos tenga lugar, y para su intento que circunstancias se han de verificar sobre el testamento en cuya virtud se entabla. ex n. 134. ad 146. inclus. ex §. 70. ad 77. exclus. in leg. 45. fol. 214. usque ad 218. Si la posesion. que produce este beneficio se suspende habiendo legitimo contradictor; y quien lo sea, ex n. 147. ad 150. incl. §. 77. y 78. leg. 55. fol. 217. usque ad 219. Quién sea Juez competente para conocer de este remedio, n. 151. §. 79. ead. leg. fol. 219. Este remedio en que se diferencie del *quorum bonorum*, n. 152. §. 80. in ead. leg. fol. 219. 220.

Retracto. A quienes competa, ex n. 1. ad 14. incl. ex §. 1. ad 8. exclus. in leg. 70. y sig. fol. á 333. ad 336. En qué cosas tenga lugar, y dentro de qué tiempo, y con qué requisitos de va intentarse, ex n. 15. ad 29. inclus. ex §. 8. ad 15. exclus. fol. á 336. ad 34. Quando tenga lugar por razon de comunión ó sociedad; y otras questionnes sobre esta materia, ex n. 27. ad ultim. ex §. 15. ad ultim. in leg. 70. y sig. fol. á 340. ad 343.

Reo. ausente. Cómo se proceda contra él, y qué se ha de verificar para que se le condene, y quando compareciendo se le oiga, y de qué modo, in tot. leg. 76. fol. á 343. ad 347.

S

De la sucesion que tienen los hijos naturales è ilegítimos respecto del padre, ó colateralea de parte de la madre, ex n. 46. ad 50. inclus. §. 14. y 15. in leg. 9. fol. 65. 66.

Suceder en el mayorazgo. Si pueda el Monge ó Religioso. n. 66. §. 24. in leg. 40. fol. 158. Si en la sucesion sea preferido el primogénito, aunque el padre entrase á poseer despues, y ya en tiempo de haber nacido el segundo, n. 67. §. 25 in ead leg. et fol. 158. Y qué hijo sea referido en la sucesion de dos ó mas que naciesen de un parto, sin poderse averiguar qual fue primero, n. 68. §. 26. in ead leg fol. 159. Si de la sucesion deba excluirse el loco, demente, ó mentecapto, n. 69. in eod. §. et fol. 159.

Si los padres por algun medio puedan priyar á los hijos de la sucesion del mayorazgo: si el sucesor de él deba pagar las deudas de su antecesor; y si le perjudique á aquel la sentencia dada contra éste, nn. 71. 72. y 73. §. 28. y 29. in leg. 40. fol. 160. 161.

Successor de mayorazgo. Si mas bien le compete el interdicho *retinenda* que el *recuperanda*; y si haciendo aquello le obste la excepcion de dominio, nn. 21. y 22. §. 63. leg. 45. fol. 210. Si pueda intentar la peticion de herencia, y cuándo expeler de su propia autoridad á el detentador de los bienes vinculados, nn. 123. y 124. §. 64. in ead. leg. fol. 211.

Pretendiendo muchos ser sucesores del mayorazgo, qué deba hacer el Juez con los bienes; y donde se trata el juicio posesorio de ellos, nn. 25. y 26. §. 65. y 66. in leg. 45. fol. 211. 212.

Successor de mayorazgo. Si esté obligado á pagar los débitos de su antecesor, n. 71. §. 28. leg. 40. fol. 160.

Testamentos. De qué derecho provenga, y quién puede hacerlo, ex princ. usque ad n. 2. exclus. in leg. 3. §. 1. y 2. fol. 13. 14. Qué personas estén prohibidas de testar, ex n. 2. §. 2. in leg. 3. fol. usque ad n. 17. inclus. §. 6. ead. leg. fol. 14. 15. 16. Si ualga lo dispuesto en el testamento que no se finalizo por haber muerto el dispo-
nen-

nente, nn. 18. y 19. §. 7. in ead. leg. fol. 17. Qué forma ó solemnidad debe tener el testamento otorgado en Reyno estraño; y si extendido en otro idioma, es suficiente la interpretación de una sola persona, nn. 20. y 21. §. 8. in ead. leg. fol. 18. Solemnidades del testamento cerrado para su validación, ex n. 23. §. 9. in ead. leg. fol. 19. usque ad n. 46. inclus. §. 13. fol. eod. Testamento nuncupativo, su solemnidad, n. 47. §. 13. ead. leg. fol. 19. ad 24. Si hecho en tiempo de peste subsiste con menos solemnidad; ó si lo fuere en favor de hijos; y si tanto el testamento cerrado como el abierto debe otorgarse *unico contextu*, nn. 48. 49. y 50. §. 14. in ead. leg. fol. 24. Testamento del ciego cómo se otorga, n. 51. y 52. §. 15. in ead. leg. fol. 25. Testamento otorgado entre hijos, sea nuncupativo, ó abierto, requiere hoy las propias solemnidades que si se hiciese en favor de estraños, nn. 53. ad 60. inclus. §. 16. in ead. leg. fol. 25. 26. Testamento se revoca por su rotura, cancelación, borradura, enmienda, ó rascadura, n. 90. y 91. §. 20. ead. leg. 3. fol. 29. Y tambien por otro igualmente perfecto y solemne, quando el primero no tenga clausula derogatoria de los posteriores y cómo en estos pueda deshacerse el efecto de dicha clausula; y en qué casos se entienda virtualmente puesta, n. 5. 92. 93. 94. 95. y 96. §. 21. in ead. leg. fol. 29. y 30.

Si el testamento solemne hecho en favor de estraño se revoca por otro posterior otorgado con solos cinco testigos, y en que estén instituidos los parientes, ex n. 97. usque ad 102. §. 22. in ead. leg. fol. 31.; y quando por sola verbal revocación, nn. 102. 103. y 104. §. 23. ead. leg. fol. 31. Si valga no leyendosele á el Testador, nn. 107. 108. §. 24. ead. leg. fol. 31. 32. Y si pueda hacerse *ad interrogationem alterius*, por señas, ó con palabras tardas, y no perfectamente articuladas, nn. 109. 110. y 111. §. 25. in ead. leg. fol. 32. 33. Si es nulo quando el Testador muriere inmediatamente que se finalizó, n. 112. §. eod. §. et leg. 32. 33. Testamento ó contrato hecho

con palabras dudosas de si será ó no voluntad delliberada, quando valga, ex n. 115. ad 119. inclus. §. 26. ead. leg. fol. 33. Si sea válido en el fuero interno, saltandole algunas solemnidades, nn. 120. 122. 123. §. 27. in ead. leg. fol. 34.

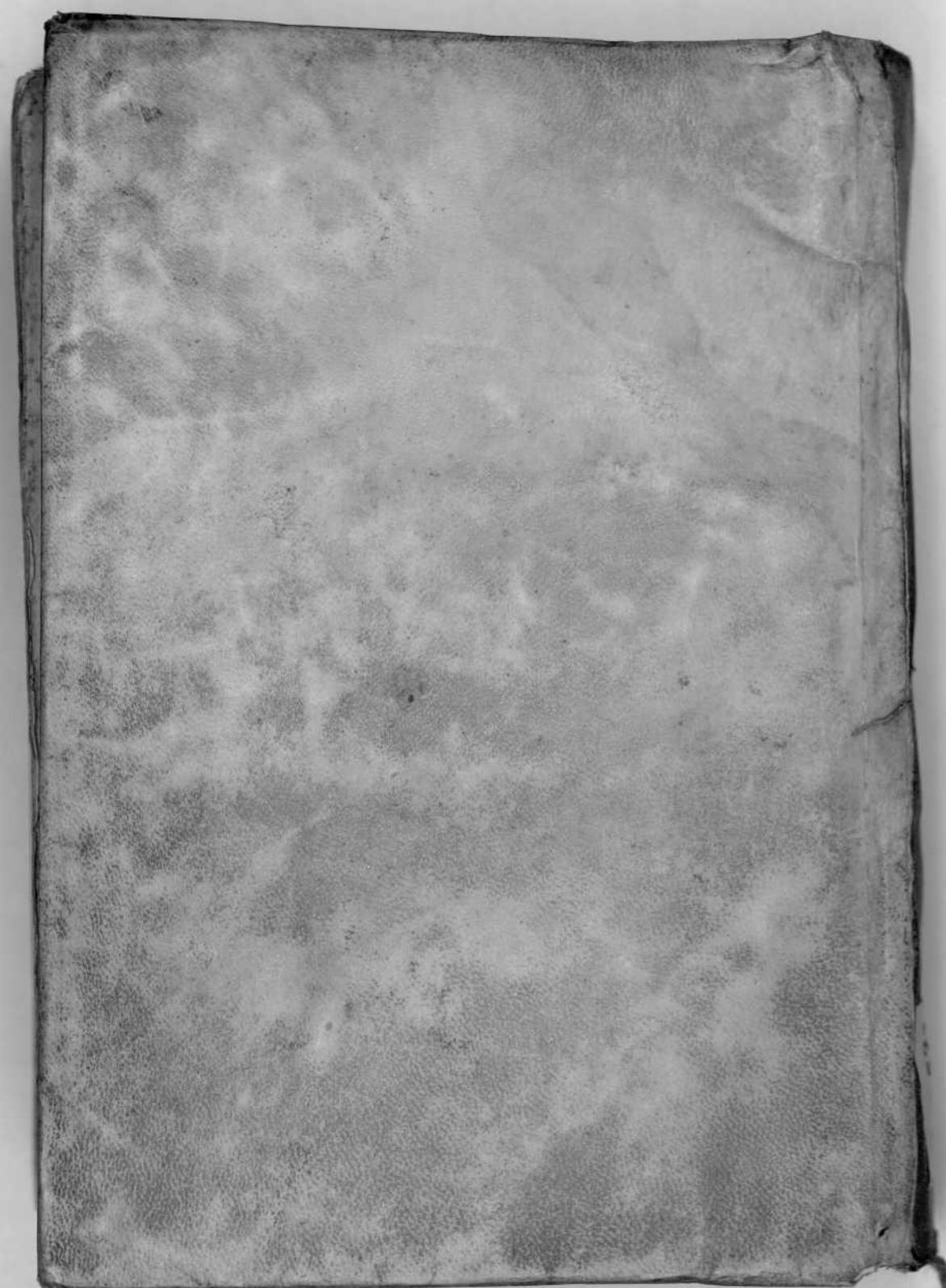
Quando el testamento se rompe ó anula, si subsistan los legados fideicomisos, substitucion pupilar, nombramiento de Tutor, &c. Y qué sea quando interviene prefericion, ó desheredacion, nn. 1. 2. 3. y 4. §. 1. 2. 3. y 4. leg. 24. fol. 105. 106. 107.

V*Inculacion.* Si expire por muerte del hijo mayor llamado sin otras nominaciones; y si en ella se succeda por representacion, pasando la sucesion á el hijo del mayor, nieto del poseedor, aunque éste tenga hijo segundo, n. 65. §. 23. in leg. 40. fol. 157.

Usucapion. Qué sea y sus efectos, in tot. leg. 65. fol. 322. 323.







Leyes
de
Toro

G-E 521