

que valgan estas enajenaciones, como puede verse en *Cutiér. de juram. confirm. cap. 1.* y en *Larrea alegac. 35. n. 26.* Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendremos de que no se establezca una ley, que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio, en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.

13 Debe restituirse la dote, cuando se disuelve el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, con la diferencia de haberse de restituir desde luego, si los bienes dotales fuesen raíces, y dentro de un año, si fuesen muebles, *l. 51. d. tit. 41. P. 4. (1).* Pero hay tres casos referidos en la *ley del mismo título*, en que cesa esta obligación de restituir, á saber: I. Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí, que muerto uno de ellos sin hijos, quedase del otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la mujer. II. Si la mujer cometiese adulterio. III. Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote, si muriere la mujer. Y añade la misma ley quedarse en estos casos el marido con la dote, si no hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere, pertenecerá á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que viviere, el usufructo. Y si la mujer muriese sin hijos, pero dejando padres, pertenecería á estos la dote, como herederos forzosos que son de ella. Y adviértase, que lo que dice esta ley de no haber en estos obligación en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la mujer, que tampoco la obliga á la restitucion, con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio, solo habla de cuando lo cometiere la mujer; pero Greg. Lóp. en la *glosa 4. de d. l. 23.* funda ser lo mismo si lo cometiere el marido.

14 Ademas del caso de la muerte de uno de los cónyuges, lo es tambien de restitucion de dote el de divorcio, *l. 26. l. 31. de d. tit. 11. P. 4.* porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, *l. 7. l. 25. de d. tit.* Y otro circunstanciado se propone en la *ley 29. del mismo título*: la cual establece, que si la mujer entendiere que su marido por su culpa viene á pobreza, y temiere que le malgastará su dote, puede

(1) *L. un. C. de rei uxor. act.*

pedir en juicio, que se la restituya, ó que dé fiador de que no la enajenará, ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien, y recoja los frutos para mantener á los mismos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio López en en la *glosa 4. de d. l. 29.* que si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedérsele la administracion de la dote. Pero si el marido teniendo buena conducta y cuidado en administrar la dote, viniere á pobreza por alguna ocasion, quiere la misma *ley 29.* que no pueda la mujer pedir la dote.

15 Tiene la mujer á las veces otros bienes ademas de la dote, que se llaman estradotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo esplica la *l. 17. de d. tit. 44.* que tambien dice pertenecer su dominio al marido mientras dura el matrimonio, si la mujer se los dió con esta intencion; pero no dándoselos, ó no constando de esta intencion, permanecen en el de la mujer. Y por derecho mas reciente, que estableció la *ley 7. tit. 2. lib. 10. de la Nov. Rec.* se le concede al marido que haya entrado en los 18 años la administracion de estos bienes sin que necesite obtener dispensa de edad, como dijimos en el *tit. antecedente, n. 27.* Por lo tocante á estos bienes parafernales tiene la mujer el mismo privilegio que en los dotales, de estar hipotecados para su restitution todos los bienes del marido, aunque no se constituya espresamente la hipoteca, por solo el beneficio de la ley, *d. l. 17.* Del privilegio de esta hipoteca respecto de otras, trataremos en lugar mas oportuno, como tambien del privilegio de competencia que tienen los cónyuges, y de lo que corresponde cuando se quita la dote por eviccion.

16 Hasta aquí hemos tratado de lo que se da al marido á nombre ó cuenta de la mujer: hablemos ahora de lo que recibe la mujer á cuenta ó nombre del marido. Las leyes de las Partidas, á imitacion de las romanas, reconocieron la donacion que estas llamaron *propter nuptias*, diciendo que en España se llamaban propiamente *arras*, y era la donacion que da el marido á la mujer por razon de casamiento, *l. 1. d. tit. 44. P. 4.* Y segun la *l. 23. del mismo titulo*, quisieron, como las romanas, se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes, y la misma imitacion persuade la *ley 7. del propio titulo.* Pero ya ob-

servó Antonio Gómez en la *ley 50. de Toro, n. 44.* no estar en uso en España, ni en otras partes, estas donaciones *propter nuptias*, y al *n. 42*, que se diferencia mucho de ellas, lo que ahora llamamos *arras*, como luego veremos.

47 Otras donaciones conocieron los romanos bajo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código *De sponsalibus, et arrhis sponsalitiis*. Las nuestras las han adoptado, con la añadidura de haberles puesto tasa. Se hacen ántes de celebrarse el matrimonio, y casi siempre por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen francamente sin espresarse en ellas condicion alguna; con todo si deja de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla. Mas si acaciese por ventura ó casualidad no cumplirse el matrimonio, debe distinguirse diciendo, que si muriese el esposo sin haber intervenido ósculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió; pero sola la mitad, si intervino: y si la esposa fuese la que dió, lo recobra todo, *l. 3. d. tit. 44. P. 4. l. 3. tit. 3. lib. 40. de la Nov. Rec. (1)*. Estas donaciones suelen hacerse en joyas y vestidos preciosos; y no pueden esceder la octava parte de la dote, *ll. 6. y 7. tit. 3. lib. 40. de la Nov. Rec.* y añade esta misma *l. 7.* que el exceso, si le hubiere, debe aplicarse á la Cámara del rey, haciendo una pintura tan viva de lo ruinosos que son al Estado estos excesos, que no puede leerse sin llorar. Pero á pesar de ser tan útil é importante esta prohibicion, la vemos continuamente despreciada, y efectivos los grandes perjuicios que intentó atajar; aunque se repitió en las *leyes 2. y 8. lit. 3. y 8. lib. 40. de la Nov. Rec. al cap. 25.* Y en el *siguiente 26.* se manda que los mercaderes plateros de oro y plata, lonjistas, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, pueden en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualesquiera persona de cualquier estado, calidad y condicion que sea. Y en el *27.* previene tengan las justicias ordinarias la jurisdiccion privativa para conocer de los casos que miraren al castigo y ejecucion de las penas de contravencion. Nos asombra el cotejar tan justas,

(1) L. 45. C. de donat.

útiles, zelosas y repetidas leyes con su total inobservancia.

18 Tenemos tambien en España otra donacion que se llama *arra*, la cual es *Donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, como la define Antonio Gómez en la *ley 50. de Toro, n. 42.*, en donde enseña, que tambien puede haberse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice el Sr. Covarrúbias, *part. 2. de matrim. cap. 3. §. 7. n. 14.* en cuyos lugares añaden los dos, diferenciarse mucho esta donacion de la que se llama *propter nuptias*, aunque así se apellida en la *l. 4. d. tit. 11. P. 4.* pues esto podrá entenderse atendidas las leyes de las *Partidas*; pero no despues de publicadas las *de Toro*, que dieron otra significacion muy diversa á la donacion *propter nuptias*, como presto explicaremos. Y tambien tienen su justa tasacion las arras, que no pueden esceder la décima parte de los bienes del marido, *l. 4. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec.*, que prohibe ademas su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al escribano que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renunciacion. Pero adviértase que esta tasacion, que trae su origen de la *ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero real*, no dice respecto solamente á los bienes actuales del marido al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiere.

19 El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la mujer, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos aun sobreviviendo el marido, *l. 2. tit. 3. lib. 10. de la Nov. Rec.* Pero si á la mujer se le hubiere hecho la donacion que hemos explicado en el *n. 47.* y prometídosele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger ó lo que se le dió, ó las arras dentro de 20 dias contaderos desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó sus herederos, *l. 3. tit. 3. lib. 10. Nov. Rec.*

20 Otra donacion se frecuenta en nuestra España, á la que llaman *propter nuptias* la *ley 5. 9. tit. 3. y 6. lib. 10. de la Nov. Rec. (25. y 29. de Toro)* la cual hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y co-

modidad sus cargas : de suerte que es muy diferente de la otra que llamaron tambien *propter nuptias* las *leyes de las Partidas*, como hemos manifestado arriba n. 46.

21 Solo nos resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones que se hacen entre los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro, y porque el que fuese mas escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que se hicieren, *l. 4. d. tit. 41. P. 4.* Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre : de suerte que si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por ejemplo, si se dejara alguna herencia al marido, sustituyéndole á su mujer, y el marido renunciara su institucion, sin haber cedido la herencia, en cuyo caso tendria valor la sustitucion, porque aunque esta renuncia hacia mas rica á la mujer, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa ajena, porque al paso que puede servir al donatario para usucapirla, ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hacia mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una iglesia, ó cosa semejante, en cuyos casos concurre ademas la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, *l. 5. l. 6. d. tit. 41.* que ponen estos ejemplos (2); y tambien valdria, si el que la hizo, murió ántes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario deberá decirse, si ó no muriese ántes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enajenando de otra manera las cosas que habia dado, *l. 4. d. tit. 41. (3).*

(1) *L. 5. § 26. de donat. int. vir. et uxor.*

(2) *D. l. 5. §§. 8. 13 et 14. de donat. int. vir. et uxor.*

(3) *L. 52. §§ 2. et 9. eod.*

TÍTULO VI.

DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO
Ó ADOPCION.

Tit. 7 y 15. P. 4. (1).

1. 2. y 3. *Qué sea legitimacion, y sus especies.*
4. *Qué sea adopcion, y sus especies.*
5. *Diferencias entre la arrogacion y la adopcion.*
6. *Cómo pueden ser arrogados los mayores de 7 años.*
7. *Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.*
8. *Efectos de la adopcion.*

4 Lo mucho que ofrece de que tratar el matrimonio, que como dijimos en el *título 4. n. 1.*, es la causa natural y mas especial de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es *Un acto por el cual se hacen legitimos los hijos que ántes no lo eran.* Las leyes romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del príncipe (2). Y aunque algunos de sus intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrara á alguno por hijo; sienta la mayor parte de ellos, que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar, mas significa ser prueba de ser legitimo el tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la *ley 4. y siguientes del título 15. P. 4.* distinguiendo tambien, como lo hicieron las romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia. Pero reconocen nuestros intérpretes no estar este en uso, ni le permite la constitucion del gobierno de los pueblos. Y del cuarto dice Greg. Lóp. en la *glosa 7. de la ley 7. de dicho tit. 15. P. 4.* lo mismo que la mayor parte de los intérpretes romanos, esto es, que mas es prueba de ser legitimo el hijo, que legitimacion verdadera.

(1) Tit. 40. et 41. lib. 2. Inst. (2) § 15. d. tit. 40. nov. 74. cap. 2.

2 En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimación. El mas frecuente y recomendado es el que nace del subsiguiente matrimonio, cuando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ó mujer soltera, se casa despues con ella, *l. 4. tit. 15. P. 4.* en cuya *glosa 8.* disputa Gregorio López, si basta que la mujer sea soltera, ó es menester que ademas la haya retenido en su casa el padre; inclinándose, á nuestro dictámen, con razon, á no ser esto necesario. Esta doctrina tiene lugar, si el padre era soltero cuando tuvo el hijo de la barragana ó concubina, porque si era casado, no le hará legítimo el que muerta despues su mujer, se casase en seguida con la barragana, como espresamente lo dispone la *ley 2. tit. 15. P. 4. al fin*, dando por razon, *Que los tales hijos fueron hechos en adulterio:* la cual no deja de dar fuerza á la opinion de Gregorio López, que ántes hemos manifestado.

3 El otro modo de legitimar es por rescripto del príncipe, del cual habla así la *ley 4. de d. tit. 15. Piden merced los omes á los emperadores, é á los reyes en cuyo señorío viven, que les faga á sus hijos, que han de barraganas, legitimos. E si cabe su ruego, é los legitiman, son dende en adelante legitimos.* Y tambien se concede esta legitimación á pedimento de los mismos naturales, que fundan su súplica en haber manifestado esta solicitud en el testamento su padre, que no tenia otros hijos legitimos, *l. 6. d. tit. 15.* Y de la palabra *naturales* de que usa esta *ley*, infiere Greg. Lóp. en su *glosa 4.* no tener lugar la legitimación que ella concede en los hijos espúreos. Y en la *glosa 2.* que las legitimaciones por rescripto de príncipe no valen, si hay hijos legitimos, si no es que se espresase así. Y adviértase, que estas legitimaciones solo sirven para efectos civiles, porque para los canónicos las debe conceder el papa, como espresamente lo dice la *citada ley 4. de d. tit. 15.* [Por la *ley de 44 de abril de 1858*, el rey resuelve las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales, segun los define la *ley 4. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.* (y se halla copiado mas adelante en el *lib. 2. tit. 8. n. 4.* de la presente obra), y para solicitarlas, debe guardarse lo prevenido en la *real orden de 19 del mismo*, cuyas disposiciones referimos al tratar de la emancipación. —

Todos los espósitos de ambos sexos, así los que sean espuestos en las inclusas ó casas de caridad, como los que lo sean en cualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, son tenidos por legitimados por la real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles sin escepcion, no obstante que en alguna ó algunas reales disposiciones se hayan esceptuado algunos casos, ó escluido de la legitimacion civil para algunos efectos, *l. 4. tit. 37. lib. 7. Nov. Rec.*] Legitimados los hijos por cualquiera de estos modos, es consiguiente, que estén en la patria potestad de su padre, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que hemos tratado aquí de la legitimacion. Los derechos de suceder los legitimados, los esplicaremos con mas oportunidad, cuando hablemos de los testamentos y de las sucesiones intestadas.

4 Lo que los romanos llamaron *adoptio*, llaman las leyes de las Partidas *porfijamiento*: pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre *adopcion*, y se halla en la *l. 9. tit. 16. P. 4.* usaremos de él y sus derivados, en lugar del *porfijamiento* y los suyos. Es pues la *adopcion* *Una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente, l. 4. d. tit. 16. P. 4.* Constituye tambien la patria potestad, *l. 7. tit. 7. P. 4.* y esta es la causa de que tratamos aquí de ella. Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies en que la dividieron las romanas (1); y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra el del género, diciéndola *adopcion* sin añadidura alguna, *l. 9. tit. 16. P. 4.* y así tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usaremos aquí de estos nombres, porque facilitan su esplicacion.

5 Diremos pues al tenor de lo que acabamos de decir, ser la *arrogacion* *Porfijamiento de ome, que es por sí, et non ha padre carnal: é si lo ha, es salido de su poder, é cae nuevamente en poder de aquel, que lo porfija, d. l. 7. tit. 7. P. 4.* ó por decirlo con ménos palabras, es *Adopcion de hombres que no están en la patria potestad*

(1) § 4. Inst. de adopt.

de otros. Se hace, preguntando el rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, diciendo el rey que lo otorga, y en seguida se les debe dar el título, *d. l. 7.* De la adopción en especie dice *esta misma ley* poderse hacer de otorgamiento de cualquier juez; y que es *Porfijamiento de ome, que ha padre carnal, é es en su poder.* En la arrogación es necesario el consentimiento espreso del que va á ser hijo; pero en la adopción basta el tácito, esto es, que calle, ó no lo contradiga, *l. 4. tit. 46. P. 4.* Y de ahí es no poder ser arrogados los infantes ó menores de 7 años; por no tener entendimiento para consentir, *l. 4. d. tit. 46.*

6 Al paso que esta *ley 4.* prohíbe que puedan ser arrogados los infantes, concede la facultad de que puedan serlo los que cumplidos los 7 años son menores de los 14, dando la razón de que aunque no tengan el entendimiento cumplido, no son menguados de entendimiento del todo. Pero el rey, cuyo otorgamiento es necesario, como lo dice *esta misma ley*, y en términos generales de arrogación la *7. tit. 7. P. 4.* como vimos en el *número antecedente*, quiere se tengan presentes en estas arrogaciones de que hablamos, varias circunstancias que se espresan en la *misma ley 4.* y son: Qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico, ó si es pobre, ó si es pariente, ó no, y si tiene hijos que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad, que los pueda aun haber: é de qué vida es, é de qué fama; y qué riqueza ha el niño. Y si examinadas estas cosas, se entendiere moverse con buena intención para hacerlo el arrogador, y que es provechoso al mozo, se le otorgue. Y asimismo quiere que ántes de otorgar esta arrogación, se cuide que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caución el arrogador, de que si el mozo muriese ántes de los 14 años, entregará todos sus bienes á aquellos á quienes pertenecerían por herencia ó legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Cuya caución debe autorizarse por escribano público; y si no se hiciera, es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y según la *l. 8. de d. tit. 46.* si el arrogador sacase sin razón de su poder al que arrogó, ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que después hizo, ménos el usufructo que recibió de los

bienes de dicho arrogado, mientras le tuvo en su poder; y demas de esto la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

7 Puede adoptar cualquiera hombre libre que no esté en poder de su padre, con tal que esceda al que quiere adoptar, en 18 años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, *l. 2. d. tit. 16. P. 4.* esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma naturaleza. Pero si le tuviese no por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, *l. 3. d. tit. 16.* Ninguna mujer puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del rey, ó de algun conteejo en que lo hubiese encartado, en el cual puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del rey, y no de otra manera, *d. l. 2.* Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte, podrá adoptar el que fué tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25 años; pero ántes de ningun modo, *l. 6. d. tit. 16.* Ni tampoco puede adoptar ninguno á forro, ó aforrado ajeno, *l. 5. d. tit. 16.*

8 Es efecto de la adopcion; que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante; pero hay de esta regla alguna limitacion. En la arrogacion tiene siempre lugar la regla, *l. 7. tit. 7. P. 4.* En la adopcion en especie hay distincion; pues aunque esta misma *l. 7.* dice generalmente que no pasa, la hallamos espresa en las *leyes 9. y 10. de d. tit. 16.* En la 9. se dice no pasar el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10. que pasa, si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el Derecho romano por constitucion de Justiniano (1). Y adviértase, que si en este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo espresa *d. l. 10.* Tambien es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el *tit. 4. n. 14.* Del que producen en dar derecho para suceder, hablaremos al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Los adoptados por mujer, claro es que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

(1) § 2. *inst. de adopt.*

TÍTULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADORÍA.

Tít. 16. y 17. de la Partida 6.

1. *Qué sea tutela.*
2. *A quiénes se puede dar tutor, y á qué fin.*
3. 4. y 5. *Division de la tutela : y de la testamentaria.*
6. 7. 8. *Quiénes pueden ser dados tutores.*
9. *El tutor debe ser nombrado señaladamente.*
10. 11. *De la tutela legitima.*
12. *De la dativa.*
13. *Qué debe hacerse cuando muchos jueces dan tutor.*
14. *Modos de fenecer la tutela.*
15. 16. *De los curadores, y si pueden darse en testamento.*
17. *Qué sea excusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, ménos en la tutela legitima.*
18. 19. 20. 21. *Se refieren y esplican varias excusas.*
22. *Descuido notable de Aso y de Manuel en este particular.*
23. *Tiempo para proponer la excusa, y para decidir la causa ó pleito en su razon.*
24. *Qué sea tutor sospechoso; y se refieren varios que lo son.*
25. 26. *Quiénes pueden acusar : qué tutores pueden ser acusados de sospechosos, y cuáles sean los efectos de la acusacion.*
27. *De las obligaciones del tutor ántes de entrar en la tutela.*
28. 29. *De la obligacion de afianzar los tutores, y que alcanza á la madre y abuela.*
30. *Qué deba hacerse cuando son muchos los tutores.*
31. *Dónde debe ser educado el pupilo.*
32. 33. 34. *De las obligaciones del tutor en quanto á dar alimentos al pupilo, y mover las causas que convinieren á este.*
35. *Tiene el tutor obligacion de cuidar bien de los bienes del pupilo, y emplear el dinero sobrante.*

36. y 37. *Del modo en que puede el tutor enajenar las cosas del pupilo.*
38. *De la obligacion de los tutores, sus fadores y sucesor, de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.*
39. *De la décima que se debe dar al tutor, y cómo debe sacarse.*
40. *Derechos del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.*

1 Por cuanto de los hombres libres, que no están bajo la patria potestad de otros, unos están en tutela, otros en curadoría, y otros fuera de todo, y en asunto de tutelas y curadorías hay mucho que advertir, es preciso hablemos aquí de ello con alguna estension. Tutela en latin, dice la *ley 4. tit. 46. P. 6.* quiere decir tanto en romance como *Guarda que es dada al huérfano libre, menor de 14 años, ó la huérfana menor de 12 años* (1). Y advertimos para proceder con mayor claridad, que en las leyes de las *Partidas* apénas se hallan los nombres *tutela, curadoría, tutor, curador*, sino en su lugar, los generales de *guarda y guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoría, tutores ó curadores: lo que no deja de causar embarazo. Y para evitarle usaremos aquí de los citados especiales *tutela*, etc. como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la *Nov. Recop.* y en alguna de las *Partidas*, aunque con relacion al idioma latino como en la *ley 4. tit. 5. P. 5. y en d. l. 4.*

2 Por la palabra *libre* de la definicion, entiende con razon Greg. Lóp. en la *glosa 1. de dicha ley 4.* no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está bajo la patria potestad (2). Se dan tutores á los de la espresada edad, aunque no los quieran (3). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor (4), salvo el caso en que se le moviese pleito de servidumbre, en el cual se le podía dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleito, *d. l. 4.*

(1) §§ 4. y 5. Inst. de tutel. (2) Princ. eod. (3) L. 6. de tut. et cur. dat.

(4) § 4. Inst. qui testam. tut. dar. pos.

3 Tres son las especies de tutela, testamentaria, legitima y dativa. Testamentaria es *La que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder, d. l. 2. l. 3. d. tit. 46.* (1). Y sobre el decir esta lo mismo del abuelo, debe advertirse, que saliendo hoy por la *ley 3. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Rec.* de la patria potestad el hijo casado y velado, no podrá el abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun la *misma ley 3.*, dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siempre. Pero sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l. 3. tit. 46. P. 6.*, porque cuando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *póstumos*, se reputan nacidos (2), pero no cuando les seria perjudicial, *l. 3. tit. 23. P. 4.*

4 De la madre dice la *ley 6. de d. tit. 46.* que si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Pero en seguida añade, que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á ménos de ser confirmado por el juez del lugar donde son los bienes: cuyo juez le debe confirmar, y otorgarle la tutela (á esto llaman los prácticos *decernir*), si no es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes romanas era necesario en este caso la inquisicion ó exámen de las circunstancias del tutor (3). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la cuestion Greg. Lóp. en su *glosa 2.*, si será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo, si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros, lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley 6.*, que si la madre no instituyere heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dejara alguna cosa, podria el juez confirmarle si quisiese, y de este modo, y no de otro valdria: de suerte que en este caso es voluntario en el juez confirmarle, y en el otro de estar el hijo instituido heredero, preciso. El no valer ningun nombramiento de tutor, hecho por la madre, sin la subsiguiente confirmacion del juez, es por no tener patria potestad: de la cual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley 3. de d. tit. 46.*

(1) § 5. Inst. de tutel. (2) § 4. Inst. eod. l. 7. de stat. hom.

(3) L. 2. de confir. tut.

5 De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento, instituyéndole heredero, ó cualquier á un extraño en los mismos términos, debe el juez confirmarlo: y así y no de otra suerte será tutor, *l. 8. d. tit. 16. P. 4.* Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente, á cierto tiempo, ó bajo de condicion, segun fuese la voluntad del testator, *d. l. 8. (1).*

6 Pueden ser dados tutores los que no están prohibidos; y los que están son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25 años, y la mujer, *l. 4. d. tit. 16.* Pero en la *glosa 5. de esta ley* dice Gregorio Lóp., que la prohibicion del menor debe solamente entenderse en las tutelas legítima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá tenerla para administrarla cuando fuere mayor. Y es de admirar, que para apoyar esta doctrina no haya echado mano á la *ley 7. del mismo título 16*, que la prueba espresamente: bien que lo advirtió en la *glosa 2. de esta misma ley 7.* Y en cuanto á mujeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el juez del lugar donde son ellos, que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otras mujeres, ó como suele decirse, el beneficio del senado-consulta Veleyano, que prohibió esta obligacion de las mujeres, *d. l. 4.* que añade la razon de estas dos condiciones, diciendo ser la de la primera, porque casándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos: y de la segunda, porque si no hiciesen la espresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela, y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el juez del lugar en que esto sucediere, sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y

(1) § 5. Inst. qui test. tut. dar. pos.

no esté prohibido ser tutor. Y si hallare que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5. de d. tit. 4.* [El rey puede conceder dispensa á las madres que pasan á segundas nupcias, para que continúen siendo tutoras de sus hijos, *ley de 14 de abril de 1838.* En el espediente instruido por las respectivas Audiencias para justificar los motivos que haya para conceder la dispensa, se han de hacer constar los extremos siguientes: 1º La conducta moral, capacidad, profesion ó condicion civil de la madre, tutora ó curadora, y del sugeto con quien se ha casado últimamente ó trata de casarse. 2º La edad de estos mismos sugetos y la de los pupilos ó menores. 3º El importe, clase y naturaleza de los bienes, así de estos como de su madre y de su nuevo ó futuro cónyuge. 4º El dictámen de la persona que á falta de madre deberia entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á Derecho, á quien deberá oirse, ofreciéndole al efecto el espediente, sin dar á este el carácter contencioso bajo ninguna forma. 5º El juicio de la Audiencia acerca de la justicia y utilidad de la dispensa. *Real orden de 12 de abril de 1839*].

7 Ademas de los que acabamos de espresar, cuenta la *ley 14. de dicho título 16.* por prohibidos á los obispos y monjas. Y de los sacerdotes y demas clérigos seculares dice que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el juez del lugar dentro de cuatro meses despues que supieren la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decir á este que quieren serlo de los hijos que lo fueron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice que no pueden serlo, si no es que el padre en su testamento les nombrase: cuya escepcion la entiende Greg. Lóp. *en la glos. 6. de d. l. 14.* limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo: y en la 5. añade deber decirse lo mismo, si el tutor fuese acreedor del mozo. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al rey por razon de que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

(1) Nov. 425. cap. 5.

8 Entre los que están prohibidos de ser tutores no cuentan las citadas leyes 4. y 16. á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7. del mismo título 16.* en la manera siguiente: si el testador nombrare tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25 años: y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dejase por tutor á un esclavo ajeno, no valdria, ni seria tutor.

9 Y debe advertirse, que cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera, que se pueda saber ciertamente cuál es. Si acaeciese pues, que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, si no pudiese saberse ciertamente cuál de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria, *d. l. 7. vers. Otrósí.*

10 En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado muriere este ántes que el testador, seria tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano; y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos, *l. 9. d. tit. 16. P. 16.* Y en su *glosa 1.* advierte muy bien Greg. Lóp. seria lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad, *d. l. 9.* Llámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11 *La ley del mismo tit. 16.* aprueba la legítima tutela que los romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14 años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud, apenas podrá suceder este caso.

12 A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados así porque son dados por el juez.

(1) Princ. Inst. de Atilian. tut.

Quando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarían al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al juez del lugar le dé tutor que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y si no le pidieren, pierden el derecho que tenían de heredarle, si muriere sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlos los amigos del mozo, ó cualquier otro del pueblo; y el juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500 maravedís (de oro debe entenderse, segun el valor que en otra parte explicaremos); mas si valieren ménos, bien podrá mandarlo á otro juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el juez del domicilio del mozo, sino tambien el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre; ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradijera, *l. 12. d. tit. 16.*

13 Y si todos los jueces que lo pueden dar, lo dieran cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lóp. en la *glosa 13. de dicha l. 12.* que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el juez del origen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, por que al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el juez del domicilio, fundados en dos razones. La una, por ser este el órden en que están escritos en esta *ley 12.* Y la otra, porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias tiene el juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo grande, deben las Audiencias remitir al rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, *l. 47. tit. 1. lib. 6. de la Nov. Rec.*

44 La *ley 21. P. 6. tit. 46.* refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I. Por cumplir el huérfano los 44 años, si fuere varon, ó los 42 si fuere hembra (1). II. Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III. Por la esclavitud de uno de los

(1) Princ. Inst. quib. mod. tut. finit. (2) §§ 3. et 4. eod.

dos (1). IV. Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos que son llamados legítimos. VI. Si se escusase el tutor por causa legítima. VII. Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lóp. en la *glosa 2. de d. l. 21.* entenderse por la palabra *desterramiento*, el que llamaron los romanos *deportacion*, y hemos explicado en el *tít. 3. n. 6.* [En él hemos dicho ya, que abolida la pena de confiscacion por el art. 40 de la *Constitucion* de 1837, le falta á esta deportacion una de sus circunstancias esenciales.] Sobre el IV. que en lo que dice la ley *so condicion*, quiso significar, *pendiente ó durante alguna condicion*. Vemos lo resiste algo la espresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Si no es que digamos, que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el Derecho romano (2); pero esto lo impide la palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V. en cuanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al Derecho romano, que puso Justiniano en sus *Instituciones* (3), segun el cual la tutela legítima de los parientes, sólo competia á los que lo eran por agnacion, la cual perdía el tutor por su adopcion. Nos persuadimos que los componedores del libro de las *Partidas* lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados (4), y que nuestra *ley 9. d. tit. 16. P. 4.* llama á la tutela á los parientes, bajo el nombre general y natural de *parientes*, estensivo no ménos á cognados que á agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Celebraríamos ver quién discurriese mejor, para conformarnos desde luego con su dictámen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido, y cognados los que son por parte de madre, ó alguna hembra.

45 Debemos notar aquí lo perteneciente á la venia ó dispensa de edad que se concede á los menores. Decimos pues: Que los mayores de 20 años pueden pedir en el Consejo dicha dispensa para poder administrar sus bienes, sin

(1) D. § 4. (2) § 2. eod. (3) § 5. *Inst. quib. mod. tut. finit.*

(4) *Novel. 118. cap. 5.*

licencia ni autoridad de curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M., que suele conformarse y concederla. [En el dia para obtener de S. M. esta dispensa de edad con arreglo á la *ley de 14 de abril de 1838*, se debe guardar lo prevenido en la real orden de 19 del mismo, cuyas disposiciones espresamos al tratar de la emancipacion.] En virtud de esta venia, puede el que la obtuvo hacer y otorgar cualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier autos que le convengan, judicial ó estrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia : como tambien tomar cuentas con pago de cualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán dársela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raíces de su hacienda sin autoridad ni decreto de la justicia, hasta que hayan cumplido los 25 años. Así lo trae en el *tom. 1. cap. 98. de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fué su secretario, y esplica latamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que si el pretendiente es mayor de 18 años, puede obtener de la Cámara la dispensa de 18 hasta 20, y con cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida venia. Hablan de ella la *ley 6. tit. 4. lib. 4. 31. nota 2. tit. 5. lib. 10. y 7. tit. 5. l. 10. Nov. Rec.*

46. Fenecida la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14 años hasta los 25, y tambien los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, *l. 13. d. tit. 16.* Y como el darse á estos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lóp. en la *glosa 1. de esta ley*, que tambien deben darse á los pródigos, mudos, sordos, y demas que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas segun lo dispuso el Derecho romano (1). Aso y de Manuel en sus Instituciones del Derecho civil de Castilla, *pág. 11. vers. Muchas*, atribuyeron á Greg. Lóp. haber dicho en la *glosa 2. de la ley 2. d. tit. 16.* que no habia curadoria legitima para los furiosos, cuando allí dijo lo contrario.

(1) §§ 3. et 4. Inst. de curat.

17 Los que están en su acuerdo, dice *d. l. 13*, esto es, los menores de 25 años, á quienes por sola la falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, si no los quisieren; si no es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (1). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25 años, Greg. Lóp. en la *glosa 2. de dicha l. 13*. Gutiér. *de tutel. part. 1. cap. 9. n. 18.*; pero acordamos lo que dijimos en el *tit. 4. n. 28. al fin*. No puede el curador ser dado en testamento; pero si fuere dado, y entendiere el juez ser útil al menor, débelo confirmar, *dicha ley 13 (2)*. Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien Greg. Lóp. en la *glosa 5. de d. ley 13*, y Gutiér. *de tutel. part. 1. cap. 19. n. 30*. Dicha *ley 13*. habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun*, en que dice, *que al huérfano que ha guardador, no le deben dar otro*: cuya doctrina con las escepciones que allí la siguen, ya la entienden los mismos López y Gutiérrez del tutor, como tambien lo estableció el Derecho romano, sentando la famosa regla: *Habenti tutorem tutor dari non potest (3)*. Los modos de acabarse la curadoría son los mismos por que fenece la tutela; con las diferencias, que la edad es la de 25 años, y que tambien se acaba si el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres.

18 Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competérles la tutela, dejan de ser tutores, ó porque se escusan, ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas, que quanto diremos de tutores, queremos se entienda tambien de curadores. Siendo la tutela un oficio, que aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respectos, mereciendo la real proteccion los que están en ella, *l. 41. tit. 18. P. 3. l. 20. tit. 23. P. 3*, no es de estrañar necesiten de justa causa los que quieran escusarse de administrarla. *Escusanza*, dice la *ley 1. tit. 17. P. 6*. es como *Monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bienes*. Es pues preciso para conseguirla, tener alguna

(1). § 2. Inst. de curat. (2) § 1. eod. (3) § 3. eod.

razon derecha, ó justa causa. Solo advertimos en este particular, que á nuestro dictámen, no necesitan de causa alguna para escusarse los tutores legítimos, atendidas la *ley 2. vers. La tercera*, y la *ley 12. en el principio del tit. 16. P. 6.* que lo dejan á su arbitrio; y de consiguiente que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

19 En la *ley 2. de dicho tit. 17. P. 6.* se refieren varias de estas justas causas, que son : I. El tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del rey (1). II. El ser recaudador de las rentas del rey (2), ó ser su mensajero; y III. el haber de juzgar y cumplir la justicia por obra. Y añade la *misma ley*, que ninguno de estos puede escusarse de la tutela que hubiese recibido ántes de tener su oficio (3). Cuya añadidura, y lo que vamos á ver sobre la excusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg. Lóp. y á Gutiér. que creyeran, aquel en la *glosa 5. de d. l. y este en su lib. de tutel. part. 1. cap. 21. nn: 4 et 5.* significarse al ausente por causa de la república, por la voz *mensajero*: la cual segun D. Sebastian de Covarrúbias en su *Tesoro de la lengua castellana*, y el *Diccionario de la misma de la real Academia española*, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron la *ley 10. tit. 31. P. 2.* y la *ley 13. tit. 29. P. 3.*; por todo lo cual juzgamos, que *su mensajero en d. l. 2.* tanto vale, como llevador de recados, ó cobrador de los recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*. Confrontan esta excusa con el testo romano que habla de la siguiente.

20 III. Excusa es, *Ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy lueñe : ó fuese allá por servicio, ó por pro comunal de la tierra en que vive.* Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la república; y con efecto, el mismo Lóp. en la *glosa 9.* y Gutiérrez en el *n. 6.* la confrontan tambien con la que las leyes romanas concedieron á estos ausentes (4). Y lo acaba de convencer el que á estos tales da nuestra *ley 2.* que puedan separarse de la tutela que ántes tenian, encargándola á otro durante su ausencia, y que vueltos tengan

(1) Princ. Inst. de excus. (2) § 1. eod. (3) D. § 1. (4) § 2. eod.

un año de vacacion ó excusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV. excusa es, si acaeciese algun pleito ganado de nuevo entre el guardador del huérfano sobre toda la heredad, ó sobre alguna partida grande de ella (1). La V. excusa es, si alguno tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se puede excusar de la cuarta (2). Gutiér. en su citado *lib. de tutel. part. 4. cap. 21. n. 8. y siguientes*, hablando de esta excusa, adopta las declaraciones del Derecho romano en este particular, esto es, que para dar excusa, las tres tutelas no deben ser afectadas, y que no sirven por tutelas las fiaduras de ellas; pero que bastaria una sola tutela, si fuese tan difusa, y de tantos negocios, que equivaliese á muchas (3).

21 La VI. excusa es la pobreza, y la VII. la enfermedad, cuando fuesen tales, que le impidiesen poder cuidar del huérfano (4). Y la VIII. el no saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con recaudo. La IX. excusa es, si hubiese tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, y despues no hubiese sido hecha paz entre ellos (5). La X. si al nombrado guardador hubiese movido pleito de servidumbre el padre del huérfano, ó él al otro (6). Y la XI. el ser el nombrado mayor de setenta años (7). Las excusas hasta aquí referidas están espresadas en la arriba citada *ley 2. tit. 17. P. 6*. Hay todavía otras contenidas en la *ley 3. inmediata*, que son las siguientes.

22 La XII. excusa es, el ser caballero que estuviese en corte del rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pro comunal de la tierra, por cuyas palabras nadie duda entenderse los soldados, y así lo esplican Greg. Lóp. y Gutiér. Es la XIII. excusa (8), el ser maestro de gramática ó de retórica ó de dialéctica ó de física, mostrando su ciencia á los escolares, u obrando por ella en su tierra ó en otro lugar por mandado del rey: é lo mismo es de los maestros de las leyes que sirven á los reyes viviendo con ellos por sus jueces ó sus consejeros, y de los filósofos que muestran el saber de las naturas: cuya excusa, como ad-

(1) § 4. eod. (2) § 5. eod. (3) § 5. eod. l. 113. § 9. l. 31. § ult. de excus.

(4) §§ 6 et 7. Inst. de excus. (5) § 11. eod. (6) § 12. eod. (7) § 13. eod.

(8) § 14. eod.

vierte Gutiér., exige actual enseñanza ó ejercicio de su oficio, en los que quieran valerse de ella. La XIV. excusa es, la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (1). La XV. y última excusa, que espresa dicha ley 3. tit. 17. P. 6. es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que excusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su mujer que fuese menor de edad. Pero debemos advertir, que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la 7. tit. 2. lib. 10. de la Nov. Rec., en la cual se manda, que el marido que haya entrado en los 18 años, tenga la administracion de sus bienes, y de los de su mujer, sin necesidad de venia de edad, como notamos ya arriba, tit. 4. n. 27. Y por último, debemos acordar una nueva excusa establecida en la ley 3. tit. 29. lib. 7. de la Nov. Rec., á favor del que tuviere 12 yeguas de vientre.

23 Queremos hacer aquí presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Aso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla*, lib. 1. cap. 4. vers. *Se excusan*, diciendo, que por la ley 21. tit. 18. lib. 6. de la Nov. Rec. no competian al pechero del rey las cuatro excusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y ser mayor de 70 años, establecidas, como hemos visto arriba nn. 19. y 20., en la ley 2. tit. 17. P. 6., sin advertir, que d. l. 21. solo deroga los privilegios ó esenciones personales concedidos á algunos plebeyos por redundar en deservicio del rey; y que por lo contrario aprueba espresamente las excusas que acabamos de espresar, por aquellas palabras: *Y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos, que los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de los tales cargos y oficios.* ¿Y cómo habia de quitar unas excusas que las ha introducido la misma necesidad?

24 El tiempo para proponer el tutor la excusa, lo señala la ley 4. y últ. d. tit. 17. P. 6. en los mismos términos que lo hizo el Derecho romano (2), esto es, 50 dias, contaderos desde el dia en que se supiere era dado por guardador, en el caso que estuviere en el lugar en que fué dado,

(1) § 18. Inst. de excus. (2) § 16. Inst. de excus.

ó no mas léjos de 100 millas; y si estuviere á mayor distancia, un día por cada 20 millas, y 30 dias mas. Nada mas dice nuestra ley en este particular, ni lo dijo la romana que señaló el tiempo. Pero sus juriscultos Scévola, Modestino y otros, interpretándola dijeron, que en este último caso debe hacerse de modo la computation, que nunca tenga el que está mas léjos ménos de 30 dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (1). No lo hallamos en Greg. Lóp. ni en Gutiér., cuando hablan de *nuestra ley 4.*, sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los juriscultos romanos. Y añade la misma *ley 4.* que desde el día en que empezaron los referidos 30, hasta cumplir cuatro meses, se ha de decidir el pleito, si debe valer ó no la escusa; y que si el guardador se sintiere agraviado, por habérsele desechado la escusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

23 Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les escusan. Tratemos ahora de aquellos, que aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidos de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la *ley 4. tit. 18. P. 6.*, puede ser llamado sospechoso, *que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres.* Y añade, que aunque el tal fuese rico, y quisiere dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, con todo eso no le deben dejar en su guarda (2); como por lo contrario, que si fuese pobre, y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las cuales pueden ser removidos, ó tollidos los tutores; y darse otros en su lugar, y son: I. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano é hubiese procurado mal los bienes de él. II. Si le hubiese mostrado malas maneras. III. Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. IV. Si dijese delante del juez, que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira (3). V. Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huér-

(1) D. § 16. (2) §§ 5. et ult. Inst. de susp. tutor. (3) § 10. eod.

fano. VI. Si no le amparase á él, é á sus bienes en juicio, ó fuera de juicio. VII. Si se le escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano (1).

26 Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E generalmente es tenuta de lo facer la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó su ama que lo crió : y otra cualquier persona tambien mujer como hombre que se mueve á hacerlo por razon de piedad (2). Pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso; mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes (3). Y puede ser acusado por sospechoso tambien el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido, sea el tutor testamentario, legítimo ó dativo. Y debe ser hecha la acusacion delante del juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha, como todo lo de este número consta en la ley 2. d. tit. 48. P. 6.

27 Y puede tambien el juez de oficio remover al guardador, aunque ninguno le acuse, si viere, ó entendiere que era sospechoso (4). Y debe advertirse, que pendiente el pleito de acusacion, ha de dar el juez á otro hombre bueno y fiel la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleito sea acabado, l. 3. d. tit. 48. Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y pagará al huérfano el daño que le hizo, segun el arbitrio del juez. Mas si no es removido por engaño, sino por pereza y haber cuidado mal, no queda infame, l. 4. d. tit. 48. (5).

28 Desembarazado el tutor de escusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y ántes de entrar en ella debe dar fadores valiosos al juez del lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores, que ellos aliñarán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos, y los frutos de ellos (6). Y debe tambien jurar, que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que tiene en guarda, guardando lealmente sus personas y cosas, l. 9. tit. 46. P. 6. (7). Y asimismo debe formar lue-

(1) § 9. de susp. tut. (2) § 5. eod. (3) § 4. eod. (4) L. 3. § 4. de susp. tut. (5) § 6. de susp. tut. (6) Princ. Inst. de satisfd. (7) Nov. 72. cap. ult.

go inventario de todos los bienes y derechos del huérfano (1), de modo que si no lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entónces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, *l. 15. d. tit. 16.* Y por cuanto esta ley usa de la palabra *luego*, sin espresar tiempo, juzga Gutiérrez. citando á otros, en su *libro de tutel. part. 2. cap. 4. n. 10.*, que lo debe en continente que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la *ley 99. tit. 18. P. 3.* Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, *l. 120. tit. 18.* Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta le sirve de inventario, Greg. Lóp. *glosa 3. de d. l. 99.* citando á otros.

29 En cuanto á la obligacion del afianzar, es bien sabido, que las leyes romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador, que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (2). Y este modo de pensar siguen Gutiérrez. *d. lib. part. 1. cap. 5. n. 1.* y Greg. Lóp. en la *glosa 5. de d. l. 9. tit. 16. P. 6.*, cuya ley y la *94. tit. 18. P. 3.* lo confirman tambien, cuando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade allí mismo Greg. Lóp. que en la práctica (así lo vemos) á todos se les exige que afiancen.

30 De la madre y la abuela dijimos arriba en el *n. 6.*, que para tomar la tutela, deben prometer no casar y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en cuanto á la obligacion de afianzar Aso y de Manuel en sus *Instituciones, lib. 4. cap. 3. vers. Como*, dicen que solo están obligadas á hacer las renunciaciones. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lóp. en la *glosa 8. de d. l. 9.* y Gutiérrez en *d. part. 1. cap. 12. n. 16.* en donde la prueban latamente con bellísimas razones, satisfaciendo lo que pueda decirse en contrario,

31 Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos,

(1) *L. 7. de adm. et per. tutor.*

(2) *Princ. Inst. de salut. tut. 1. §. de excusat.*

y se levántare desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al juez, que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y si no, que lo haga alguno de ellos: y si se acordaren en esto, debe el juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera, que cada uno quiere obligarse, debe escoger el juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, *l. 44. d. tit. 16. P. 6.*, en cuya *glosa 4.* dice Greg. Lóp., que si el testador espresó cuál de los que nombraba queria que administrase, este debia ser preferido á todos si no es que constase de alguna circunstancia por la cual debia ser repelido; y que si no se convienen, que uno solo administre: pidiendo que la tutela se divida por regiones, deberán ser oídos.

32 En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupilo; y en consecuencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en cuanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse, y si no lo hubieren hecho, procurará el juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano, y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo, no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si tuviese madre que fuese mujer de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo crie, y ella lo puede tener miéntras se mantuviese viuda. Mas luego que casare, deben sacar el huérfano de su poder, *l. 49. d. tit. 16. P. 6.*

33 Los alimentos del huérfano debe tasarlos el juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en cuanto al comer, como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere facer, segun lo espresa la *ley 20. de dicho tit. 16.* Y comentando Greg. Lóp. estas últimas palabras *si se pudiese facer*, dice en la *glosa 3.* que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa 4.*, esto es,

que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano, cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutiér. en *d. libro, part. 2. cap. 3. n. 10.* citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp. vers. Quando minores*, que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarles á artes, oficios, ó servir á otros, para alimentarles y educarles; y con efecto así vemos practicarse: ni hay otro camino que tomar. Así lo dicta la equidad, aunque nos falte ley espresa, como en caso semejante dijo con su acostumbrada elegancia el célebre jurisconsulto Ulpiano (1). Cuando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó ménos á los alimentos que les corresponden, hay la práctica de pedirse por los tutores, y concedérseles por el juez frutos por alimentos, es decir, que alimentando al pupilo segun su estado y circunstancias, hagan suyos los frutos sin obligacion de dar cuenta de ellos, ni poder sacar su décima. Es un método muy desembarazado, y si se ejecuta sin fraude y con justificacion, no contiene iniquidad alguna, ni es perjudicial á los pupilos.

34 Y adviértase, que si el guardador entendiese, que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, espendiendo por él quanto fuese guiso, ó poco mas por esta razon, entónces lo puede facer; é debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como espresamente lo establece *d. l. 20.* Cuya doctrina es de dictámen Gutiér. en su *citado libro, part. 2. cap. 3. n. 5.* que tiene lugar, no solo cuando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien cuando lo hizo por descuido de no haber acudido al juez.

35 Debe tambien cuidar el guardador que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir; y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino, que mas le conviniere, segun sus circunstancias y riqueza, *l. 16. d. tit. 16. P. 6.* Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moviese, ó le fuese movido en juicio. Y

(1) *l. 2. § 3. de ag. pluv. aren.*

lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleito con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en cuanto fuese en su daño; pero si en cuanto le fuese provechoso: y el otorgamiento débelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l. 17. d. tit. 16. (1)*.

36 Asimismo debe cuidar el guardador con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *l. 15. d. tit. 16*. Y aunque nada hallamos espresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos, que nuestros mas célebres jurisconsultos, Covar. *l. 3. variar. cap. 2. n. 4*. Gutiér. *de tutel. part. 2. cap. 9*. y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á algun mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras 7. de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor*. Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso; pero con la advertencia de que este lucro ó interes del huérfano sea leve, como así está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part. 1. cap. 4. n. 30*. Y este empleo lo deberá hacer dentro de los 6 primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atras, si no es que hubiese impedimento para el empleo.

37 Por la utilidad de los huérfanos, tienen prohibicion de enajenar sus bienes raíces los guardadores, *l. 48. d. tit. 16. l. 60. tit. 18. P. 3.*; entendiéndose tambien por enajenacion el empeñarles, *l. 8. tit. 13. P. 5*. Y aunque estas tres leyes todo lo espresan de los bienes raíces, con

(1) Princ. Inst. de anc. tut.

todo en atención á que la *ley 4. tit. 5. P. 5.* dice generalmente, que los guardadores no deben enajenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros doctores, á imitación del Derecho romano (1), que tampoco pueden enajenar las muebles preciosas útiles al huérfano que puedan guardarse. Gutiérrez. en su *citado libro de tut. part. 2. cap. 21.* examina lata y fundadamente esta cuestión, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enajenar, las pueden empeñar. También la examina Greg. López. en la *glosa 3. de la ley 4. tit. 5. P. 5.* y en la *3. de la ley 8. tit. 13. P. 5.* Se fundan en que *d. l. 8.* concede la facultad de empeñar las muebles indistintamente: bien que con la añadidura, de que debe meter en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibición debe entenderse, si no interviniere decreto del juez; pues con este podrán enajenar los guardadores dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar dendas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razón derecha, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; de suerte que el juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enajenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enajenación en pública almoneda de 30 días. Y no deberá consentir, que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació se enajene en ninguna manera, pudiéndolo excusar, *d. l. 18. d. l. 60.*

38 Como la prohibición de enajenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raíces ó muebles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enajenar los demás muebles sin decreto del juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l. 8. tit. 13. P. 5.* Gutiérrez. *d. part. 2. cap. 21.* La *ley 4. tit. 5. P. 5.* permitía, que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano, bajo ciertas solemnidades; pero está corregida por la *ley 1. tit. 12. lib. 10 de la Nov. Rec.* que prohíbe que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre

(1) L. 22. C. de administ. tutor.

ó mujer, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar, la compra que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del rey.

39 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raíces. Y para cumplirlo, además del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes, como espresamente lo establece la *ley ult. de d. tit. 16. P. 6.*, de cuyas últimas palabras infiere Greg. López. en su *glosa 8.* que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano; y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo estén desde el día en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley 23. tit. 13. P. 5.*

40 Además de tener los guardadores derecho de que se les abone en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen también para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero juzgo*, y después la *2. tit. 7. lib. 3. del Fuero real*. Y por cuanto estas dos leyes espresan, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las espensas, *lib. 4. tit. 11. P. 6. vers. Ca segun (1)*, prueba bien Gutiérrez. *de tutel. part. 3. cap. 27.*, que ántes se han de sacar las espensas, y de lo que restare líquido, la décima, entendiendo por espensas las que se hubiesen hecho por razón de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap. 23.* entiende con razón por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en

(1) L. 7. solut. matrim.

tierra del huérfano; podrá cobrarlo á título de expensas, ademas y ántes de percibir la décima; mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutiér. en *d. part. 3. cap. 2. nn. 19. 20.*

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legitimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes ajenos. No necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion. Ni para enajenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para la enajenacion. Ni está obligado á hacer inventario de ellos, si solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap. 3. nn. 40. 69. 87. y siguientes*, en que esplica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley 24. tit. 13. P. 5.* que citamos abajo, *tit. 17. n. 6.*, prueba esta facultad en el padre de enajenar, sin hacer mencion de decreto de juez, aunque no debe hacerlo.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tít. 49. P. 6. y tít. 13. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sea restitucion in integrum.*
3. *Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.*
4. *Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.*
5. 6. y 7. *Casos en que cesa la restitucion.*
8. *Tiempo de pedirse.*
9. *Compete tambien á las iglesias, ciudades y otros cuerpos.*
10. 11. y 12. *Y á otros espresados en estos números.*

4 N6s parece bastar lo que hemos dicho de tutores y cu-

(1) Tit. 4. lib. 4.

radores. Y en atencion á que los huérfanos que están bajo la potestad y gobierno de estos tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aquí de estas restituciones; y con efecto este mismo orden sigue el libro de las *Partidas*.

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo espuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es, que los legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituidos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit. 19. y ult. P. 6.* A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas (1) *restitutio in integrum*, y así le llaman tambien nuestras leyes, *l. 3. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Rec.* y otras, y no es otra cosa que *Reposicion de la cosa al estado que tenia ántes de haber padecido el daño el menor, l. 1. d. tit. 19. l. 1. tit. 25. P. 3.*

3 Menor se entiende el que no ha cumplido los 25 años, aunque le falte muy poco tiempo para ello, advirtiéndose que si el año del nacimiento ó el último de la menor edad fuese bisiesto, los dos últimos dias de febrero se cuentan por uno (2). Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas. La una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *l. 2. d. tit. 19. (3)*, tanto en los actos judiciales como en los estrajudiciales (4), de cualquiera naturaleza que sean, *l. 2. tit. 25. P. 3. l. 3. d. tit. 19.*, en la que se ponen varios ejemplos, sin impedir la restitucion de haber intervenido decreto del juez, *l. 4. titulo 13. P. 3.* Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido (5). Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por que la desampara. Y en vista de serle dañosa, la acuerda el juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, *l. 7. d. tit. 19.* Y en quanto á prescripciones previene la *ley 9. de d. tit. 19.* que las de veinte ó ménos años no corren contra los meno-

(1) Tit. 4. lib. 4. (2) L. 98. de verb. sign. (3) L. 7. § 7. de minor.

(4) D. l. 7. § 5. (5) D. l. 7. § 9.

res, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entónces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindir las la restitucion. Y queremos advertir aquí las siguientes especies, aunque no tocadas en nuestras leyes, porque sobre ser harto interesantes, las trató el Derecho romano y creemos ser equitativo lo que estableció, y son, que la restitucion de los menores tiene tambien lugar contra el fisco, y vence á los privilegios, que los senadosconsultos Veleyano y Macedoniano concedieron á las mujeres é hijos de familia. Lo tratamos con mas estension en nuestro *Digesto lib. 4. tit. 4. n. 12.* notando tambien lo que deba hacerse cuando un menor choca contra otro menor.

4 La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, débele tornar en aquel estado en que era ántes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo habia primeramente, *l. 2. tit. 25. P. 3.* Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, que se suelen llamar el cuadrienio legal; y no solamente el menor, sino aun sus herederos, *l. 8. d. tit. 19. P. 6.* (2). Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, *d. l. 2. tit. 25. P. 3.* (3). Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fué fiador, que entónces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores, en cuanto montare el engaño, *l. 4. tit. 12. P. 5.*

5 Carleval en su libro *de jud. tit. 3. quest. 16. n. 36.* y Gutiér. *praticar. quest. 32. n. pen.* juzgan, que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que espresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y así lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: I. Si dijese el

(1) *l. 15. de minor.* (2) *l. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. l. 8. § ult. de minor.* (3) *Tit. C. in int. rest. post.*

menor engañosamente, que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, *l. 6. d. tit. 19.*; la cual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lóp. en la *glosa l. de d. l. 6.* fundado en sus mismas palabras, y citando á otros y á las leyes romanas (2), que tendria lugar la restitution, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II. Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya era mayor, *l. 2. d. tit. 25. P. 3. (3)*. III. Si el huérfano mayor ya de 10 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, *l. 4. d. tit. 19.* Y lo mismo seria si siendo mayor de 14 años, constase haber cometido adulterio, *d. l. 4. (4)*. IV. Si habiendo seguido el menor pleito pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l. 6. d. tit. 19. (5)*. V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor juzare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiere, si que tendria lugar la restitution, *l. 4. tit. 14. P. 5. (6)*. La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviene decreto del juez, como hemos notado arriba *n. 3.*, es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

6 VI. Cesa la restitution, si el daño que ha padecido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l. 2. d. tit. 19. (7)*. VII. Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l. 4. d. tit. 25. P. 3. (8)*. Y es la razon, porque la restitution es remedio extraordinario

(1) *L. 2. l. 5. C. si min. se maj. dix.* (2) *L. 23. junc. l. 26. de rei vind. l. ult. § 5. de eo per quem facer.* (3) *L. 3. § 1. de min.* (4) *L. 9 § 2. cod.*

(5) *D. l. 9 § ult. sit. C. si adver. lib.* (6) *L. 1. C. si adv. solut.*

(7) *L. 41. §. 4. de min.* (8) *L. 16. § 3. de min.*

y subsidiario, y los que son de esta clase, cesan cuando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (1): cuya razon la indica la misma *ley 1.* por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* VIII. Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, *l. 6. de d. tit. 19.*, aprobando la famosa auténtica de los romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como clamán muchísimos autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *discursos críticos sobre las leyes*, *lib. 3. disc. 2. y 4.* Vemos con gusto su inobervancia; y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Apéndice de minor. 25. an.* que va en su título correspondiente en nuestro *Digesto romano español.* En el Derecho romano estableció la *ley 4. C. de his qui veniam etat.* no tener la restitucion los que hubiesen obtenido la venia ó dispensa de edad, diciendo ser cosa muy manifiesta, porque no pareciese que habian sido engañados por la real concesion, los que contrajeron con ellos. Aunque no hemos hallado ley de España, que lo diga, nos ha parecido notar lo para que se haga el uso que se estime.

7 Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de 9 dias para intentar el retracto de sangre ó aboleugo, *l. 2. tit. 43. lib. 40. de la Nov. Rec.* y el de 3 para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l. 4. tit. 21. lib. 41. Nov. Rec.*, y el de 6 para tachar los testigos, *l. 4. tit. 42. lib. 41. Nov. Rec.*

8 El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se espresa en las *leyes 4. 3. y 4. tit. 43. lib. 41. de la Nov. Rec.*, previniéndose, que no puede pedirse dos veces, y que así se espresa en la sentencia.

9 Ultimamente advertimos que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las iglesias, el fisco, y los concejos, ciudades ó universidades cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (2), la que debe pedirse dentro de 4 años contáderos desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo; y si el daño fuese de mas de la mitad del precio, dentro de 30 años, *l. 10. tit. 49. P. 6.*

(1) D. 1. 16. per totam. (2) L. 4. C. ex quib. caus. maj.

40 Además de los menores y cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros á quienes compete la restitucion *in integrum*. La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos así celebrados valen atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (1), se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que la dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l. 56. tit. 5. P. 5.* y en su *glosa 1. Greg. Lóp.* Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, *l. 7. tit. 33. P. 7. (2).*

41 Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del rey ú otra de la república, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucapen ó prescribe otro; y se les cuenta el euadrenio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos, desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *l. 10. tit. 23. l. 28. tit. 29. P. 3. (3)* cuyo beneficio amplía la *ley 4. tit. 34. lib. 41. Nov. Rec.* Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto, lib. 4. tit. 6. n. 40.* competer este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dejado procurador en la ciudad, fundados en razones que parecen sólidas.

42 Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enajena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si así sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enajenó, segun escogiére, *l. 30. tit. 2. l. 15. tit. 7. P. 3.* Y por quanto esta *l. 15.* para dar entrada á estas acciones, exige que la enajenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su *glosa 2. Greg. Lóp.* que cesarán si se hubiese

(1) *L. 24. § 5. quod. met. caus. (2) L. 84. de diversis regulis juris.*

(3) *L. § 2. ex quibus caus. mejor. 25. an.*

hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (1). Y por cuanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley romana (2), cuando uno enajena la cosa, instituyendo heredero, ó legándola, concurriendo ademas ser esta enajenacion necesaria.

(1) L. 4. (2) L. 8. § 5. de alien. jud. caus. mut.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

TÍTULO PRIMERO. (1).

DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28. Partida 3.

1. *Qué se entiende por cosa, y se dividen las cosas en cinco especies.*
2. *hasta el 9. Se esplican las cinco especies de cosas.*
9. *Dos subdivisiones de cosas.*
10. *Qué sea dominio, y cómo se entiende esta palabra.*
11. *La division de los dominios ha nacido del derecho de gentes, y cuántos sean los modos de adquirirlo.*
12. 13. *Por ocupacion se adquieren los animales fieros y salvajes.*
14. *Restriccion sobre el cazar y pescar.*
15. *De las abejas.*
16. *De los animales mansos ó domésticos.*
17. *De los domesticados, y principalmente de las palomas.*
18. *De la invencion : de las cosas desamparadas, y de las mostrencas.*
19. *De la invencion del tesoro.*
20. *De la tradicion.*
21. *Division de accesion en discreta y continua.*
22. *Subdivision de la accesion continua en natural, é industrial, con esplicacion de la aluvion y manifiesta fuerza del rio.*

(1) Tit. 1. lib. 2. Inst.

23. *De las islas de los rios, mutacion de su álveo ó cauce, y de la inundacion.*
 24. *De la accesion industrial cuando una cosa se junta á otra.*
 25. *Otros ejemplos de la accesion industrial, cuando se escribe, pinta ó edifica.*
 27. *De la especificacion.*
 28. 29. y 30. *Del poseedor de buena fe.*

4 Habiendo tratado del primer objeto del Derecho, que son las personas, pasamos á tratar del segundo que son las cosas. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprende á quanto hay en el mundo, pero aquí se toma por *Aquello que no siendo persona ni accion, puede ser de algun útil ó comodidad al hombre.* La ley 2. tit. 28. P. 3. divide las cosas en cinco especies. I. Comunes á las bestias y todas las otras criaturas que viven, para poder usar de ellas, tambien como á los hombres. II. Otras que pertenecen tan solamente á todos los hombres. III. Otras que pertenecen apartadamente al comun de alguna ciudad, villa, castillo ú otro cuerpo semejante. IV. Otras que señaladamente pertenecen á cada un hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. V. Otras que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes (1).

2 En la siguiente ley 3. de d. tit. 28. se dice pertenecer á la primera especie el aire, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas (2) : de cada una de las cuales puede usar cualquiera criatura que viva. Por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando ó navegando, ó haciendo todas las cosas que entendiere que le aprovecharen, *dicha l. 3.* Podrá pues hacer en ellas casa ó cabaña á que se acoja cuando quisiere, y cualquier otro edificio que le aproveche, de manera que no embarace el uso comun de las gentes; y hacer en ellas naves y enjugar redes. Y de quanto labrare é hiciere, ningun otro puede impedirle que use y se aproveche, *l. 4. d. tit. 28.* Ni podrá tampoco ningun otro usar de estas obras ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podria cualquiera hacer

(1) Princ. Ins'. de rer. div. (2) § 1. eod.

otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó, mientras se conservan, y no mas, *d. l. 3.* Y es llamado ribera *Todo aquel lugar que cubre el agua del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano, d. l. 4.*

5 Entre las cosas de la segunda especie cuenta la *ley 6. de d. tit. 28.* los rios, los puertos y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres (1), en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran ó viven en aquella tierra de do son. Si se confronta la esplicacion de las cosas de esta especie con la de las de la I.ª, veremos, que en cuanto al uso de los hombres no parece distincion; porque unas y otras pertenecen al comun de todos los hombres, sean de la tierra que fueren. Tampoco la presentaban las *Instituciones* romanas en los §§. 1. y 2. *de rer. div.* en que hablaron de estas dos especies de cosas; pero sus intérpretes la hacen diciendo, que el uso de las de la I.ª especie es comun á todos los hombres del mundo, y el de las de la II.ª á todos los de aquel territorio en que se hallan; pero no á los de otro: y esta misma diferencia indica Greg. Lóp., célebre comentador de nuestras leyes de las Partidas, en la *glosa 4. de dicha ley 6.* La causa de haberse hecho mencion del uso de las bestias en la esplicacion de las cosas de la primera especie, y no cuando se esplican las de la segunda, no la alcanzamos.

4 Como el uso de los rios es comun á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño á dicho uso comun, debe ser derribado, *l. 8. d. tit. 28.*, la cual da bella razon que debe atenderse siempre en todos los asuntos, á saber, *Que no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunmente se estorbe por el pro de alguno.* Y de la misma manera que es comun á todos el uso de los rios, lo es tambien el de sus riberas. Y de consiguiente todos pueden atar á los árboles que hay en ellas sus naves, componerlas, como tambien sus velas, poner mercaderías y pescado, y venderle, enjugar

(1) § 2. pr. *Instit. de rer. div.*

sus redes, y hacer otras cosas semejantes. Pero el señorío ó propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que están unidas, *d. l. 6.* Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y los puede cortar, y hacer de ellos lo que quisiere (1), con tal que no lo haga á tiempo que estuviere atada á ellos alguna embarcacion ó llegase y la quisieren atar, porque entónces se consideraria impedir el uso comun de la ribera, *l. 7. d. tit. 28.* [Aunque en los rios navegables nadie puede hacer obra alguna que embaraze la navegacion, en los que no lo sean, todos pueden aprovechar las aguas para mover molinos, aceñas ó cualquiera otra máquina, ó estraerlas por medio de acequias para regar sus tierras, con tal que sea sin perjuicio de su curso y de los términos y distritos inferiores *ley 27. tit. 11. lib. 7. Nov. Rec.* En *real decreto de 31 de agosto de 1819*, con objeto de promover la agricultura, se concedieron gracias á los ayuntamientos, comunidades, compañías, cabildos ó personas particulares que, previo el correspondiente permiso del Gobierno, construyan á sus espensas acequias ó canales de nuevo riego, ya tomen las aguas de rios caudalosos, ya las reunan de muchos arroyos ó manantiales en un punto, ya las estraigan del seno de las altas montañas. Mas este permiso debe entenderse con la limitacion que contiene la *real orden de 5 de abril de 1834*, que previene, que ningun particular ni corporacion pueda distraer en su curso ni en su curso las aguas de manantiales ó rios, que de tiempos antiguos riegan otros terrenos mas bajos, los cuales no pueden ser despojados del beneficio adquirido, en favor de otros, que por el hecho de no haberle aprovechado antes, consagraron el derecho de los que le aprovecharon.]

5 A la III.ª especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes á estos de las ciudades y villas (2), destinados al pro ó utilidad comun de cada una ciudad ó villa, de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella; mas no los que moraren en otro pueblo, *l. 10. tit. 11. P. 3. l. 9. d. tit. 28. P. 3.* en cuya *glosa 6.* dice Greg. Lóp. que las ciudades ó villas tienen fundada su intencion de que les pertenecen los

(1) § 4. pr. Instit. de rer. div. (2) § 6. eod.

montes y término que están en su territorio. Cotejadas las cosas de esta III.^a especie con las de la I.^a y II.^a al tenor de lo que dijimos al n. 3. se ve consistir su diferencia, en que el uso de las de la I.^a es comun á todos los hombres del mundo; el de las de la II.^a á todos los del territorio, reino ó provincia en que se hallan, y el de las de la III.^a á todos los de la ciudad ó villa en que existen. Otras cosas hay que sin embargo de pertenecer tambien al comun de las ciudades y villas, no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas que están en el patrimonio de la misma ciudad: cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la ciudad, como reparar muros, puentes y otras cosas semejantes, y pagar salarios de corregidores y otros oficiales, *l. 10. d. tit. 28. l. 5. y 6. tit. 11. y 34. lib. 7. y 12. Nov. Rec.* Para el buen gobierno y administración de estos bienes se mandó una junta dicha de *Propios y Arbitrios* al tenor de las reales instrucciones de los años 1745 y 1760, que son *las leyes 11. y 12. tit. 16. lib. 7. Nov. Rec.*, de las cuales se han espedido despues algunas *Adiciones*. Nuestro instituto de escribir unas Instituciones no nos permite entretenuernos en esplicarlas, y se pueden ver en Martínez en su obra *Librería de jueces, tit. 16. lib. 7. de la Nov. Rec.* y en otros que han hecho collecciones de cédulas recientes. Estas cosas, aunque son de la ciudad, pertenecen á la IV.^a especie siguiente.

6 A la cuarta especie de cosas pertenecen aquellas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre, *l. 2. tit. 28. P. 3.*, cuales son las que llamamos privadas ó de particulares, y tambien las que están destinadas al patrimonio de alguna ciudad, ó cualquiera otro colegio ó universidad, en cuyo caso sirven sus frutos para el beneficio comun de aquella universidad cuyas son; pero sin perder su naturaleza de ser cosas de esta IV.^a especie, como acabamos de manifestar en el n. *anterior*.

7 La V.^a y última especie de cosas es de aquellas, dice la citada *l. 2. d. tit. 28.*, que non pertenecen á señorío de ningún hombre, ni son contadas en sus bienes. Las solemos llamar de derecho divino, por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, religiosas, santas, *l. 12. d. tit. 28.* Sagradas son *Aquellas que consagraron los obispos*, como iglesias, altares, cruces,

cálices y otras semejantes, establecidas para el servicio de la iglesia. Y debe advertirse, que si alguna iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *l. 43. d. tit. 28. (1)*.

8 *La siguiente ley 14. de d. tit. 28.*, adoptando la doctrina de las leyes romanas (2), dice ser lugar religioso *Aquel en que está enterrado un hombre, ó á lo ménos su cabeza*. Pero como ya advirtió Antonio Tórrés en sus *Instituciones* § 6. y otros, no reconocemos en España por religioso otro lugar, que el consagrado ó bendecido por los obispos. Ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos. Seguimos en esto las leyes canónicas. Y la *ley inmediata 15.* tambien refiere lo que establecieron las romanas de las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la ciudad; y que por ello incurrian en pena de muerte los que los quebrantaren rompiéndolos ó forzándolos. No lo aprueba formalmente, como nota Greg. López en su *glosa 2.*, infiriendo de ello ser oportuno el distinguir entre violacion y violacion, diciendo, que si la hacia alguno con ánimo doloso, debia castigársele con pena de la vida, y si se ejecutaba sin él, con pena extraordinaria.

9 Otra division de cosas se menciona en la *l. 1. tit. 30. P. 3.* que es subdivision de las de la IV.ª especie que hemos espresado en el *n. 4.*, y es, en corporales y no corporales ó incorporales. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. Corporales por lo contrario, las que pueden tocarse, como la casa, el caballo, etc. De estas unas son inmuebles ó raíces, que tambien se llaman bienes sitios, dichas así porque no pueden moverse del lugar en que están, como son los campos y casas; y otras muebles, que pueden moverse, ó bien por sí mismas, como las mulas, bueyes, caballos, ó por los hombres, como vestidos, mesas y los frutos de la tierra, *l. 4. tit. 29. P. 3.* Es menester tener presente esta diversidad de cosas, por el diferente derecho que produce en varios asuntos.

10 Explicada la primera parte de este titulo, pasamos á la segunda, en que hemos de tratar de los modos de adquirir el dominio de las cosas corporales. Dominio es *Derecho de*

(1) § 8. Inst. de rer. div. (2) § 9. Instit. de rer. div.

disponer de una cosa, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convencion. Se llama tambien en nuestras leyes señorio ó propiedad, l. 27. tit. 2. P. 3., bien que este nombre propiedad se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entónces nuda propiedad. Ademas del dominio regular, hay otro que se llama útil, del cual trataremos en su lugar. Con rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente tomado, se estiende á las incorporales, ó derechos, especialmente á los reales en cuanto decimos que son nuestros, y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11 Todos saben que la division de dominios viene del derecho de gentes, porque la exigió la necesidad de poder vivir los hombres en paz y tranquilidad; y que son varios los modos de adquirirle. De ellos, unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y otros han sido introducidos por el civil. En este título solo trataremos de los primeros, dejando para mas adelante el hablar de los civiles, que tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Decimos pues, que los pertenecientes al derecho de gentes se pueden reducir á dos, tomándolos con alguna estension, *ocupacion* y *accesion*. Quanto adquirimos por hecho ú ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion y otras que iremos recorriendo; y á la accesion lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une con ella de modo que constituya un cuerpo con la misma. Tambien se puede reducir á dos de otra manera, diciendo ser uno *derivativo*, y otro *originario*. El primero se llama así, por derivarse de otro por cuya voluntad adquirimos el dominio, cual es la tradicion, sin que haya otro. El segundo, porque á nadie debe su origen, teniéndolo todo en sí, y á él pertenecen todos los demas, á escepcion de la tradicion.

12 Y por quanto la primera division de modos nos parece mas cómoda y proporcionada para entender mejor los que vamos á explicar, empezamos, usando de ella, por la ocupacion de los animales fieros ó salvajes. Y queremos ante todas cosas advertir, que los animales unos son y se llaman absolutamente fieros, ó salvajes; otros que son tam-

bien de naturaleza fiera, pero se llaman domesticados, ó amansados, porque lo están; y otros domésticos ó mansos. En los primeros y últimos se siguen reglas enteramente diversas en cuanto á la ocupacion, y en los segundos seguimos la regla de los mansos, mientras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros, cuando la han dejado.

13 Fieros son aquellos animales *que por instinto tienen inclinado de ir y vagar por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre*, sean terrestres, acuáticos ó voladores. Y como no tienen dueño, se hacen del que los coge, aunque los coja en campo ajeno (1), si no es que los cogiere prohibiéndolo el amo de este, ó bien prohibiendo la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, si hubiese ya entrado en él, *l. 47. d. tit. 28. P. 3.*, en cuyos casos son del dueño del campo. El Señor Covarrubias fué de dictámen en el *cap. Peccatum de reg. jur. in 6. part. 2. §. 8. n. 5. y 9.* que tambien en estos dos casos se hacian las fieras de quien las cogia. En cuanto al Derecho romano nos parece bien este modo de pensar; pero en cuanto al español creemos no le permiten las espresiones claras en contrario de las *ll. 47. y 22. tit. 28. Part. 3.*, y así opina tambien Greg. Lóp. en la *glosa 3. de d. l. 22.* Y si los animales cogidos saliesen del poder del cazador, volviendo á su pristino estado, pierde este su dominio, y le adquiere el primero que los coja despues: entendiéndose salir de su poder, cuando han huido y están tan léjos, que no se ven, ó aunque se vean, se considera que ya no pueden cogerse, *l. 49. d. tit. 28.* Si alguno hiriese alguna fiera, y persiguiéndola herida, la cogiese otro, será de este, porque no estaba todavía en poder de quien la hirió, y podia escaparse. Y tambien la hará suya el que la cogiere enredada en un lazo, que otro hubiese puesto, segun todo lo establece la *ley 21. de d. tit. 28.*; bien que añade, que en algunos lugares se usa lo contrario. Y Greg. Lóp. en las *glosas 4. y 3. de la misma* se inclina á favor de esta costumbre, citando á Azon que dice ser general, y á otros, mayormente cuando estaba tan enredada la fiera, que no podia escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Y la *ley 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero real* prohibe,

(1) § 12. Inst. de rer. div.

que pueda alguno coger la fiera mientras la persiga el que la birió. Es pues regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiéndole tenido se han escapado y recobrado su libertad, que se hacen del que primero los ocupa.

14 Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los príncipes modificarla ó limitarla en beneficio del mismo comun, como lo prueba latamente el Señor Covar. con aquella solidez que acostumbra, *in cap. Peccatum de reg. jur. in 6. § 8.* Con efecto se leen varias limitaciones en las *leyes del. tit. 30. lib. 7. de la Nov. Rec.* Y mas recientemente en la Ordenanza de caza, que incluye y manda guardar la *cédula de 16 de enero de 1772, que es la nota 5. tit. 30. lib. 7. Nov. Rec.* En ella se prohíbe generalmente el cazar desde el día primero de marzo hasta el primero de agosto, y de Puertos al mar Océano desde el mismo primero de marzo hasta primero de setiembre; y en todo el año en los dias de nieve y fortuna. Solo se exceptúan los dueños de los sitios vedados de todo el reino ó sus arrendadores, que podrán cazar conejos en ellos desde el día de San Juan Bautista hasta primero de marzo. Se prohíbe también el uso de galgos en el espresado tiempo de la veda, ampliándose esta prohibicion en los parajes plantados de viña, hasta que su fruto sea cogido; y sin espresion de tiempo el cazar con perdices de réclamo, lazos, perchas, orzuelos, redes y demas instrumentos, que destruyen la caza, y perjudican la abundancia y diversion; pero se permite todo esto en la caza de codornices y otros pájaros de paso, aun en el tiempo de veda. Se manda que se maten los hurones, con una leve excepcion en los sitios vedados. La pesca en aguas dulces se prohíbe asimismo desde primero de marzo hasta fin de julio, con instrumento, como no sea la caña. Solo los dueños particulares ó sus arrendadores podrán pescar desde el día 24 de junio. Y en el n. 13. se refieren los instrumentos y medios ilícitos prohibidos en todo tiempo, y en el 15. las penas de los trasgresores. [En 3 de mayo de 1834 se publicó la *Ordenanza sobre caza y pesca*, cuyas principales disposiciones relativas á este lugar son: Que los dueños particulares de las tierras y aquellos á quienes estos den licencia por escrito, podrán cazar en ellas libremente en cualquier tiempo del año sin traba ni sujecion á regla alguna: que sin licencia de los

dueños se podrá cazar con sujecion á las restricciones de ordenanza en las tierras abiertas de propiedad particular, que no estén labradas ó que estén de rastrojo: que la caza que cayere del aire en tierra de propiedad particular, ó entrar en ella despues de herida, pertenece al dueño ó arrendatario de la tierra, y no al cazador, conforme á lo dispuesto en la *ley 17. tit. 28. de la 3ª Partida*. Omitimos las disposiciones restantes de esta ordenanza, por pertenecer mas bien al derecho administrativo.]

45 Entre los animales fieros ó salvajes se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad que traen á los hombres, se ha introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas; el cual conserva el dominio de los enjambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan léjos, que se considere imposible recogerlos; porque entónces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ajeno, si no es que el amo del campo estando delante se lo prohibiese; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, *l. 22. d. tit. 28*. Pero no podrá prohibir á su dueño que las persigue, el entrar en el campo y recogerlas, *l. 17. d. tit. 4. lib. 3. del Fuero real*.

46 Los animales mansos ó domésticos son aquellos que nacen y se crian en las casas de los hombres, como las gallinas y los ánsares ó patos. Y estos aunque vuelen y se vayan de las casas de aquellos que los crian, y no vuelvan, no por eso pierde su dominio aquel cuyos son; de suerte que se pueden pedir al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, *l. 24. d. tit. 28*. Es pues la regla en estos animales, que sin embargo de cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

47 Los domesticados ó amansados son, segun dijimos, de naturaleza fiera ó salvaje; pero tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Mientras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dejan, la de los fieros. Refiere algunos la *ley 23. de d. tit. 28.*, y entre ellos otra especie de ánsares que no se crian en casa, y los mas conocidos y útiles que son las palomas. Pero en atencion á que derra-

mándose en los tiempos de sementera y cosecha por las heredades y eras, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció una *Pragmática en 16 de setiembre del año 1781., que es la ley 4. tit. 31. lib. 7. de la Nov. Rec.*, en la que mejorando lo establecido en la *ley 3. tit. 31. lib. 7. Nov. Rec.* y en el *n. 9. de la Ordenanza de caza*, de que hemos hablado arriba al *n. 44.*, se manda lo siguiente: I. Que los dueños de los palomares sean obligados á cerrarlos, y poner redes en los dos meses de octubre y noviembre, y en los tres de junio, julio y agosto, sin que las justicias puedan ampliar ó reducir este término. II. Que hallándose las palomas en dichas dos temporadas fuera de los palomares, se les podrá tirar á cualquiera distancia por los vecinos y forasteros, bien sean labradores ó no lo sean, en los sembrados y eras, sin incurrir en pena alguna; con tal que siendo dentro de la distancia del tiro, no se pueda hacer sino á espalja vuelta de los palomares. III. Que los dueños de los palomares, además de perder las palomas, han de pagar el daño á justa tasacion, y medio real vellon de multa por cada una, con agravacion en casos de reincidencia. hasta la pérdida de los palomares y demas al arbitrio del Consejo. IV. Que por lo muy útil que es al comun la cria, aumento y conservacion de las palomas, subsista y quede en su fuerza y vigor para los demas meses y temporadas del año lo dispuesto en la espresada *ley 3.* y que en su consecuencia no se pueda tirar en ellos á las palomas en las inmediaciones de los palomares, ni á la distancia de la legua de sus alrededores que previene.

48 Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, siendo la razon de su adquisicion la misma que la de las fieras, de que siendo de ninguno, se hacen del primero que las ocupa, *l. 5. d. tit. 28. P. 3. (1)*. Asimismo adquirimos el dominio por la ocupacion de aquellas cosas, que las desamparan ó echan sus dueños con la intencion que no sean suyas (2), bien sean muebles ó raíces; pues desde entónces empiezan á ser de ninguno, con el bien entendido, de que para esto deben concurrir las dos circunstancias de haberlas echado ó desamparado

(1) § 48. de rer. div. (2) § 46. de rer. div.

su dueño, y que esto haya sido con la voluntad de que ya no fuesen suyas. Por falta de esta segunda circunstancia, no tiene lugar esta adquisicion de dominio en las cosas muebles que echamos al mar por el miedo ó peligro de la tempestad (1), ni en las raíces que desamparamos sin atrevernos á ir á ellas por miedo de enemigos ó ladrones, *leyes 49. y 50. de d. tit. 28.* Ni en las que llamamos *mostrencas*, esto es, que se hallan perdidas, sin saberse de quién son; las cuales se deben pregonar por espacio de 44 meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda recoger. Y si pasado este término no apareciese, se deben vender, y aplicarse su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun el *real decreto de 27 de noviembre de 1785, que es la ley 6. tit. 22. lib. 40. de la Nov. Rec.*, é instruccion que este cita y le acompaña. A este tenor quedan corregidas las *leyes 2. 4. y 5. de d. tit.* que hablan de este asunto.

[Lo dispuesto por las leyes de *Partida* sobre ocupacion de las cosas que carecen de dueño, se ha variado muy sustancialmente por la ley de adquisiciones de bienes á nombre del Estado, publicada en 16 de mayo de 1835, cuyo tenor es el siguiente: ARTICULO 1.º Corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles é inmuebles, derechos y prestaciones siguientes: 1.º Los que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni corporacion alguna. 2.º Los buques que por naufragio arriben á las costas del reino, igualmente que los cargamentos, frutos, alhajas y demas que se hallare en ellos, luego que pasado el tiempo prevenido por las leyes, resulte no tener dueño conocido. 3.º En igual forma lo que la mar arrojaré á las playas, sea ó no procedente de buques que hubiesen naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido. Se exceptúan de esta regla los productos de la misma mar y los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante, ó á aquel que los encuentra. 4.º La mitad de los tesoros, ó sea de las alhajas, dinero ú otra cualquiera cosa de valor, ignorada ú oculta que se hallen en terrenos pertenecientes al Estado, observándose en la distribucion de los que se encuentren en propiedades de particulares las

(1) 37. de rer. div.

disposiciones de la *ley 45. tit. 28. Part. 3.* Las minas de cualquiera especie continuarán sujetas á la legislación particular del ramo. (*Véase el real decreto de 4 de julio de 1825.*) ART. 2.º Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado : 1.º Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. 2.º El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales. 3.º Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion. ART. 3.º Tambien corresponden al Estado los bienes detentados ó poseidos sin título legitimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes. ART. 4.º En esta reivindicacion incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor ó detentador, sin que estos puedan ser compelidos á la exhibicion de títulos, ni inquietados en la posesion hasta ser vencidos en juicio. ART. 5.º El Estado puede, por medio de la accion competente, reclamar como suyos de cualquier particular ó corporacion en cuyo poder se hallen, y en donde quiera que estuvieren, los bienes espresados en los artículos anteriores. ART. 6.º Los bienes que por no poseerlos ni detentarlos persona ni corporacion alguna, carecieren de dueño conocido, se ocuparán desde luego á nombre del Estado, pidiendo la posesion real corporal ante el juez competente, que la mandará dar en la forma ordinaria. ART. 7.º Los buques que naufragaren, sus cargamentos y demas que en ellos se encontrare, y las cosas que la mar arroja sobre sus playas, segun lo espresado en los párrafos 2.º y 3.º del art. 1.º serán tambien ocupados á nombre del Estado, á quien se entregarán, previo inventario y justiprecio de todo, y quedando responsable á las reclamaciones de tercero, sin perjuicio de la recompensa ó derechos que con arreglo á las disposiciones que rigieren adquieran los que contribuyen al salvamento del buque ó mercaderías. ART. 8.º La sucesion intestada á favor del Estado se abre

por la muerte natural. Tambien se abrirá por la muerte civil en el caso de que esta pena con todos sus efectos llegue á establecerse por nuestras leyes. ART. 9.º En los casos en que la sucesion intestada pertenezca al Estado, el representante de este podrá pedir al juez competente la segura custodia, inventario, justiprecio de los bienes, y su posesion sin perjuicio de tercero, que se le dará en la forma ordinaria, corriendo despues el juicio universal sus ulteriores trámites. ART. 10. Todas las reclamaciones y adquisiciones á nombre del Estado quedan sujetas, desde la promulgacion de esta ley, á los principios y formas del derecho comun, bien sea por ocupacion ó por accion deducida en los juicios universales de intestados, ó por reclamacion contra los detentadores sin derecho. ART. 11. La prescripcion con arreglo á las leyes comunes escluye las acciones del Estado, y cierra la puerta á sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia en esta ley. ART. 12. La prescripcion en igual forma legitima irrevocablemente las adquisiciones hechas á nombre del Estado. ART. 13. Los bienes adquiridos y que se adquirieren como mostrencos á nombre del Estado, quedan adjudicados al pago de la deuda pública y serán uno de los arbitrios permanentes de la caja de Amortizacion. ART. 14. La Direccion de los ramos de Amortizacion, como interesada en la conservacion y aumento de las adquisiciones que le proporciona esta ley, adoptará las medidas que estime convenientes para promover su descubrimiento, ocupacion ó reclamacion. ART. 15. La misma Direccion responderá de los gravámenes y obligaciones de justicia afectas á las fincas que adquiriere por la presente ley. ART. 16. Responderá tambien á las acciones que con arreglo á las leyes comunes se entablaren contra los bienes que hubiere adquirido; y á la indemnizacion y saneamiento de los compradores en la forma establecida por derecho. En uno y otro caso solo responderá de la cantidad líquida que hubiere ingresado en arcas. ART. 17. Todos los juicios sobre la materia de la presente ley son de la atribucion y conocimiento de la jurisdiccion real ordinaria; y las acciones se intentarán ante el juez del partido donde se hallaren los bienes que se reclamen. ART. 18. Ningun particular podrá ejercitar las acciones que sobre la materia de esta ley correspondan al Estado. ART. 19. Los promotores

fiscales en primera instancia, y los fiscales de las Audiencias y Tribunales supremos, en las ulteriores, de acuerdo con el Director de los ramos de Amortizacion, ó sus delegados, sostendrán las adquisiciones hechas á nombre del Estado, y tambien incoarán y proseguirán las demandas de reivindicacion y demas que correspondan al Estado en virtud de esta ley. ART. 20. Queda abolida la jurisdiccion especial conocida con el nombre de *Mostrencos*, y la Subdelegacion general de este ramo y sus dependencias. ART. 21. Los empleados con sueldo, así de la Subdelegacion general y su tribunal como de las Subdelegaciones inferiores y sus juzgados, quedan cesantes con el haber que les corresponda segun clasificacion. ART. 22. Los pleitos pendientes en la Subdelegacion general y en las Subdelegaciones de partido se continuarán y fallarán con arreglo á las disposiciones de esta ley. ART. 23. Los fiscales ó promotores respectivos, á quienes desde luego se pasarán los pleitos pendientes, bien procedan de denuncia ó de oficio, los continuarán á nombre del Estado, ó promoverán el sobreseimiento si no encontraren méritos bastantes para su prosecucion; en cuyo caso se declara fenecido el litigio, y en libertad la finca ó efectos reclamados. ART. 24. Para que el desistimiento de los promotores fiscales surta los efectos que se indican en el artículo anterior, precederá el consentimiento y conformidad del fiscal de la Audiencia del territorio; y tanto en este caso, como en el del artículo anterior, deberá preceder allanamiento por escrito del Director de los ramos de Amortizacion ó sus delegados en las provincias. ART. 25. Los pleitos pendientes en la Subdelegacion general se pasarán inmediatamente á la real Audiencia de Madrid, para los fines indicados, y los que penden en las Subdelegaciones inferiores á los juzgados ordinarios del partido donde radiquen los bienes. ART. 26. Quedan derogadas todas las leyes, ordenanzas é instrucciones sobre mostrencos.

49 La adquisicion del tesoro, esto es, del dinero escondido, cuyo dueño ya no se sabe quién es, pertenece tambien á este modo de adquirir el dominio por ocupacion, en razon de la mitad que le concede al que lo halla en premio del hallazgo la *l. 45. tit. 28. Part. 3.*, que así lo dispone á mitacion de las leyes romanas (1). Por ley posterior, que

(1) § 39. de rer. div.

es la 3. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec., perteneció al rey el tesoro por entero, dando la cuarta parte en galardón al denunciador, según el parecer de Covar. *in cap. Pecatum de reg. jur. in 6. part. 3. §. 2. n. 4.* y Gutiérrez. *lib. 4. pract. quest. 36. á n. 51.*; pero la citada *ley de 16 de mayo de 1835* ha desvanecido toda duda sobre el particular, sancionando de nuevo el derecho que hemos espuesto como vigente, con referencia á la *ley de Partida.*] Pertenecen también al rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal, *l. 4. y siguientes d. tit. 22.*, que hablan latamente de este asunto, y de cuánta parte se debe dar al inventor, según la diversidad de circunstancias. [En cuanto al modo de solicitar y obtener la concesión de las minas y reglas que deben guardarse en su explotación, véanse el *real decreto de 4 de julio de 1823, é Instrucción provisional de 8 de diciembre del mismo año.*]

20 Referimos también á la ocupación la acepción, esto es, cuando recibimos alguna cosa por tradición que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo título idóneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta ú otra semejante, pues con hacérseos este entrega ó tradición, la adquirimos. Solo hay que advertir, que si el título es venta, no nos pasa el dominio, si no pagamos el precio, ó no se hace la venta, dando el comprador fiadores, prendas ó á plazos, *l. 46. d. tit. 28. (1)*. Y no es menester que la tradición sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el Derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los intérpretes ficción de breve mano, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, como por ejemplo, tengo yo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mía sin tradición real; porque para ahorrar rodeos, se finge que yo se la restituí, y él me la entregó después, *l. 47. d. tit. 28. (2)*. Y la otra simbólica, porque se hace por la tradición de algun símbolo ó señal que representa y denota la tradición de lo que se vende. Por este término se hace del comprador el trigo que hay en un almacén, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacén, *d. l. 47. junc. la ley 7. tit. 30. d. P. 3.*;

(1) § 40. 41. 42. de rer. div. (2) § 45. eod.

y véase otro ejemplo de la vista en el *tit. sig. n. 13.* (1). Y como las servidumbres y demas derechos ó cosas incorpóras no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, *l. 4. d. tit. 30.* (2). Tambien se hacen por la tradicion fingida del que los coge, los dineros ú otras cosas, que en funciones de alegría se echan al pueblo, pues aunque no los entrega corporalmente quien los echa al que los coge, como los echa con este fin, se finge que se los entrega, *l. 48. d. tit. 28. P. 3.* (3). Para tener lugar este modo de adquirir el dominio, debe ser el tradente dueño de lo que entrega, ó bien su procurador, y tener intencion de pasar su dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como dijimos arriba, *n. 41.*

[Este parece el lugar mas á propósito para tratar de la propiedad literaria y del modo de adquirirla. Las *leyes 24 y 25. tit. 16. lib. 8. Nov. Rec.* habian ya establecido algunas reglas á favor de los autores que imprimiesen sus obras, aunque desconociendo la naturaleza de esta propiedad, llaman *privilegios* á los derechos que conceden para asegurarla. En el *Reglamento de imprentas de 4 de enero de 1834* se determinan ya con mas claridad estos derechos en los siguientes términos: Art. 30. Los autores de obras originales gozarán de la propiedad de sus obras por toda su vida, y será transmisible á sus herederos por espacio de diez años. Nadie de consiguiente podrá reimprimirlas á pretexto de anotarlas, adicionarlas, comentarlas ni compendiarlas. Art. 31. Los meros traductores de cualesquiera obras y papeles gozarán tambien de la propiedad de sus traducciones por toda su vida; pero no podrá impedirse otra distinta traduccion de la misma obra. Si las traducciones son en verso, será transmisible á sus herederos como la de los autores de obras originales. De igual derecho gozarán los traductores, aunque sean de obras en prosa, con tal que estén escritas en lenguas muertas. Art. 32. Serán considerados como propietarios los cuerpos, comunidades ó particulares que impriman documentos inéditos, y nadie podrá reimprimirlos por espacio de quince años sin el consentimiento de los que por primera vez los publicaron. Si

(1) § 44. Inst. de rer. div. (2) L. 4. tit. 5. P. 3. (3) § 46. Inst. de rer. div.

ademas de promover la impresion y publicacion de tales documentos, los anotasen y adicinasen con comentarios y observaciones interesantes, de manera que puedan llamarse coautores de dichos escritos, gozarán de la propiedad completa de su impresion, si fueren particulares, por toda su vida, y si fueren cuerpos ó comunidades, por el espacio de medio siglo. — La propiedad de las obras dramáticas está reconocida y asegurada por la *real orden de 5 de mayo de 1837* que dispone, que « estando las obras dramáticas, como toda propiedad, bajo la inmediata proteccion de las autoridades, y teniendo estas producciones por su especial naturaleza dos existencias distintas, una por el teatro y otra por la imprenta, en ningun teatro se podrá en adelante representar una obra dramática, aun cuando estuviere impresa ó se hubiere representado en otro ú otros, sin que preceda el permiso de su autor ó dueño propietario. » De cuyo exacto cumplimiento se hizo responsables á los jefes políticos y alcaldes constitucionales de los pueblos, donde hubiere teatro, *real orden de 8 de abril de 1839*. — Para asegurar tambien la propiedad de los compositores sobre sus respectivas obras de música, se dió la *real orden de 9 de mayo de 1839* (1), por la que considerando S. M. que las obras originales de música merecen igual proteccion que las literarias, por ser todas fruto de la imaginacion y del entendimiento; se sirvió declarar que todas las disposiciones vigentes con respecto á la impresion de los escritos, son estensivas al grabado de las composiciones de música; mandando ademas que se observe en cuanto á ellas lo prevenido en las reales órdenes que acabamos de citar, para la representacion de las piezas dramáticas].

24 Vistos los modos de adquirir el dominio por la *ocupacion*, vamos á hablar de aquellos en que se adquiere por la *accesion*: cuyo nombre tomamos latamente, de manera que no solo se estienda á aquellas cosas que juntándose ó uniéndose á las nuestras constituyen con ellas un solo cuerpo, sino tambien á las que nacen de las nuestras. A esta última especie de accesion llaman los doctores *discreta*, por la separacion de cuerpos, y á la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de

(1) No se halla en el tomo de decretos de dicho año. Se publicó en la Gaceta, n.º 4650.

nuestras vacas, ovejas, yeguas y otras bestias, *l. 25. d. tit. 28. (1).* y los frutos que producen nuestros campos.

22 De la accesion continua hay dos especies, natural, que acontece por obra de sola la naturaleza y beneficio de los rios, sin cooperacion alguna del hombre; é industrial, que procede de la industria y hecho de los hombres. La primera sucede de cuatro maneras: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que en él nacen, y mutacion del álveo ó cauce de los mismos. Aluvion es *Crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez*; y este aumento se hace nuestro por derecho de accesion, *l. 26. d. tit. 28. (2).* Pero si acaciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno conocidamente, con árboles ó sin ellos, del campo del vecino, y lo dejase junto al mio que estaba mas abajo, no se baria mio dicho terreno, hasta que durase tanto tiempo esta union, que los árboles echasen raíces en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, *d. l. 26.* en cuyas *glosas 6. y 7.* advierte con razon Greg. Lóp. seria lo mismo, si el no haber echado raíces en mi campo los árboles, fuese porque no los habia en la tierra unida; de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union: y que el menoscabo debia regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

23 El dominio de las islas que nacen en el rio, lo adquieren por accesion los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas (3); y se debe seguir con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla naciese en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, midiéndolo con una soga, *l. 27. d. tit. 28.* Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en cuanto á la propiedad, y tambien en cuanto al usufruc-

(1) § 19. Inst. de rer. div. (2) § 20. eod. (3) § 22. de rer. div.

to; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio, pertenecerá al fructuario del campo, *l. 30. d. tit. 28.* Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sino que las hubiesen formado los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece este de quien era, *l. 28. d. tit. 28. (1).* Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy raras veces, es del que la poblare primeramente; mas debe obedecer al señor, en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció, *l. 29. d. tit. 28. (2).* Si el rio muda de álveo, el nuevo se hace público, como lo es el rio, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *l. 31. d. tit. 28. (3).* Si los campos se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que ántes le tenian, aunque pierden la posesion miétras están cubiertos; mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como ántes lo hacian, *l. 32. d. tit. 28. (4).* Contamos tambien por accesion la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ajeno. Cuando esto sucede, el dueño del campo adquiere el dominio del árbol, luego que este echa raíces, ó se alimenta de él, *l. 43. d. tit. 28. (5).* Y como esto acontece por obra de la naturaleza, es natural esta accesion, ademas de las cuatro que suceden por beneficio de los rios, segun acabamos de explicar.

24 A la accesion industrial pertenece en primer lugar la conjuncion, esto es, cuando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere algunas veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo. En ello se observan las siguientes reglas establecidas en la *ley 35. de d. tit. 28.* Si á una estatua mia de oro ó plata junto un pié ó brazo, y la soldadura fuese del mismo metal de que son la estatua y pié, adquiero el dominio de este, si lo junto con buena fe, creyendo era mio el pié, con la obligacion de dar al que era dueño del pié su valor. Pero si lo juntase con plomo ó materia de otro metal, no lo hago mio, tenga mala ó buena fe. Si el dueño del pié lo juntase á mi estatua, me trasliere su dominio, si lo hace con mala fe, sabiendo ser mia la estatua, pues se presume que me le

(1) § 22. de rer. div. (2) D. § 22. (3) § 23. Inst. de rer. div.

(4) § 24. cod. l. 3. § 47 de adq. v. am. pos. (5) § 51. Inst. cod.

quiere dar. Y si la tuviese buena, tengo yo la eleccion, ó de tener el pié en la estatua, pagando su estimacion al dueño que le juntó, ó de dárselo sin pagarle el valor.

25 Tambien adquiero por la accesion lo que se escribe por otro en libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe creyendo ser suyo el pergamino, ó que tenia derecho de escribir en él, y lo quisiere el dueño del pergamino, deberá pagar al que escribió lo que estimaren peritos, que merece por ello (1). Y si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; pero no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso. Mas si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso, *l. 36. d. tit. 28.* Y si alguno pinta en tabla ajena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño; pero si pintó con mala fe, pierde la pintura, y debe ser de quien era la tabla, *l. 37. de d. tit. 28.* (2).

26 Por accesion adquirimos tambien el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que lo hubiésemos hecho con mala fe, sin poderlos demandar aquel cuyos eran: lo que se estableció para precaver, que arruinándose las casas, sacando de ellas los materiales, se arruinasen con deformidad de la ciudad. Pero el que metió los materiales, tiene la obligacion de pagar á su dueño el valor de ellos duplicado, *l. 38. d. tit. 28.* (3), la cual concede esta accion al doble hablando del que edificó, sea con mala ó con buena fe. Y por cuanto la *ley 16. tit. 2. P. 3.*, hablando de este mismo asunto en el *vers. Pero, y siguientes*, distingue diciendo, que si el edificante tuvo buena fe, compete contra él la accion al doble, y si la tuvo mala, debe pagar cuanto jurare interesable el que recibió el daño, nos parece, que cotejadas *estas dos leyes*, tiene este eleccion contra el que edificó con mala fe, para pedir su interes, ó el doble valor de sus materiales. En la práctica jamas hemos visto, ni creemos se verá, condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe.

27 Los dos modos de adquirir que se siguen, no son tan

(1) § 53. de rer. div. (2) § 54. eod. (3) § 29. eod.

sencillos, esto es, contienen en sí alguna mezcla ó diversidad. Sea el I. la especificacion, que no es otra cosa que *formacion de una nueva especie*. Si alguno la hace de materia ajena, debe distinguirse en cuanto á su dominio el caso en que no puede tornar á su primer estado que tenia ántes, del en que puede tornar. En el primero pertenece el dominio al que formó la especie, y así será mio el vino y aceite que hice de uvas y aceitunas ajenas, con tal que lo haya hecho con buena fe. Y el modo de adquirir el dominio será *ocupacion*, porque considerándose enteramente nueva especie, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia; será pues tuyo el vaso que otro hubiese hecho de plata tuya. Y es la razon, por considerarse haber permanecido siempre la misma materia (1), que como mas principal y fundamento de la forma, la atrajo á sí; y por ello el modo de adquirir el dominio en este caso, es *accession*. Y adviértase, que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar al otro ó el valor de la materia que perdió, ó las espensas que hizo formando la especie con buena fe; pero no, si la hubiese tenido mala, l. 33. d. tit. 28.

28 El II. es el que dimana de la posesion con buena fe. Si con ella compra alguno casa ó campo, de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos que percibiere por la obra y trabajo que puso en ellos, hasta que apareciendo el dueño de lo comprado, se comenzase pleito entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse, hasta la contestacion del pleito, con tal que los hubiese consumido ó despendido. Pero los no despendidos ó estantes los debe tornar al dueño de la finca, sacando primero las espensas que hubiere hecho sobre ellos, l. 39. d. tit. 28. (2). Esta doctrina debe entenderse en los frutos que llamamos *industriales*, por el motivo de que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como es el trigo y demas granos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros, es la percepcion ó separacion de la tierra ó árboles que los producen; porque los no separados ó pen-

(1) § 23. de rer. div. (2) l. 22. C. de rei vind.

dientes, se reputan parte de la cosa (4). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si así fuera tendria tambien lugar en el poseedor de mala fe, lo que no sucede, como luego veremos; ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidas la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por sí los da el campo, dice la *misma ley* 39. que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe, y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista, que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de ejecutarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida, no tendria al parecer equidad. Diremos pues con Gregor. Lóp. en la *glosa* 9. de *d. ley* 39. que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico; cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe, que debia restituir los frutos despendidos, varía la locucion, cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar, la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase, que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las expensas que hizo en su razon, *d. l.* 39. *al fin*. La siguiente *ley* 40. pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadío ú otra razon derecha; pero sabiendo, que aquellos de quien la han, no tienen derecho de enajenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubiera podido llevar su due-

(4) L. 44. C. de rei vind.

ño; y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro escepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa ajena, habla con estension la *ley 44. de d. tit. 28.*, distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor, sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de buena las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas, si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las espensas voluntarias: bien que deberá dejarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debía sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta *ley* habla con mas claridad que las *41. y 42. del propio título*, que tratan del mismo asunto.

TÍTULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tít. 29. y 30. P. 3. tít. 8. lib. 41. de la Nov. Rec. (4).

1. 2. *Si la usucapion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó del de gentes; y cómo se define.*
3. *Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.*
4. 5. 6. 7. 8. 9. *Se esplican los cinco requisitos de la prescripcion.*
10. 11. 12. *Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo por que se prescriben.*

(4) Tit. 2 et 3. lib. 41. D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

13. *Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.*
 14. *Quiénes pueden adquirir posesion.*
 15. *Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.*
 16. 17. *Modos de perderse la posesion.*

4 Por el uso de la cosa con justo título y buena fe, se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio, sin culpa ni intervencion suya: aunque no deja de tener mucha equidad fundada en exigirlo así el bien público, como veremos; de suerte que no hallamos grande reparo en decir, que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta cuestion de poco ó ningun provecho, vamos á esplicarlo.

2 A este modo de adquirir llamaron las leyes romanas usucapion ó prescripcion (1), y tambien le da este último nombre el *tit. 8. lib. 44. de la Nov. Rec.*; y no es otra cosa que *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*. Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la república; porque sin ella estarian espuestos á infinitos pleitos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legítimo: podria clamar cualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del Estado que se dejan considerar. La llamó con razon Ciceron *fin de la solicitud y de los pleitos*.

3 Para tener lugar la prescripcion, son necesarios cinco requisitos: I. Razon derecha ó justo título idóneo para trasferir el dominio, esto es, que por él adquiriríamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enajenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadío, permuta. II. Buena fe. III. Posesion continuada. IV. El tiempo tasado por la ley. V. Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impe-

(1) Tit. 6. lib. 2. Inst.

dimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era y que me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, *l. 6. y siguiente, l. 9. l. 18. d. tit. 29. P. 3.*

4 El título necesario para la prescripcion debe existir real y verdaderamente, sin que baste el existimado; y de ahí es, que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado, ó que se le ha dado sin ser así; si no es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ajeno, que le sea tolerable ó inculpable; como por ejemplo, si habiendo dado yo órden á mi procurador que me comprase alguna cosa me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado; ó la tuviese por legado, que ignorándolo yo, hubiere sido revocado: en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *l. 44. l. 45. d. tit. 29. (1).*

5 La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, ó tenia facultad de enajenarla el que se la vendió ó dió, *d. l. 9. (2).* La ley 42. *d. tit. 29.*, imitando las romanas (3), estableció que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, á escepcion de cuando la recibia por compra, que entónces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripcion la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Greg. Lóp. en la *glosa 4. de d. l. 22.* el señor Covar. *lib. 4. var. cap. 3. n. 7.* y todos los demas intérpretes nuestros dicen, que en este particular seguimos en España al Derecho canónico, que en el *cap. últ. de prescrip. de las Decretales de Gregorio IX.* establece, debe durar la buena fe hasta el complemento de la prescripcion. Y el mismo Greg. Lóp. en la *glosa 2. de la ley 24. de d. tit. 29.* añade, debe seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de 30 años, sin embargo de que *esta ley*, á imitacion tambien de las romanas (4), no exige buena fe en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion 48. n. 45. y siguiente.* pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley 2. tit. 8.*

(1) § 6. Inst. usucap. l. 11. pro empt. (2) L. 109. de verb. sign.
 (3) L. 2. pro empt. (4) L. 5. l. 4. de prescript. 50. an.

lib. 44. de la Nov. Recop. Y todavía avanza mas Covarrúbias *in regula possessor. part. 2. §. 8. n. 5.* Castill. *de tertiis, cap. 26. n. 43.* y Molina *de primogen. lib. 2. cap. 6. n. 66.*, hasta decir con otros muchos que citan, que la mala fe impide tambien la prescripcion inmemorial: pero advierte el mismo Covarrúbias en *d. §. 8. n. 4. y siguientes* tener lugar esta sentencia en el caso de constar ser mala la fe, porque la que solo es mala por presuncion se quita por la prescripcion de 30 años.

6 Posesion, dice la *ley 4. tit. 30. P. 3.*, es *Tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento*, y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia*. La palabra *derecha*, significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad (como luego lo explicaremos) y con intencion en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene á empeños, ó en encomienda, ó arrendada, ó forzada, porque estos tales no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l. 4. tit. 8. lib. 44. de la Nov. Rec.*, y no la tienen creyendo que son dueños. Esta posesion ha de ser de tres años para poderse prescribir las cosas muebles, *l. 9. d. tit. 29. P. 3.*, y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes, si fuesen raíces, *l. 18. d. tit. 29. (1)*. Y la siguiente *ley 49.* añade ser necesarios treinta años, cuando el que enajenaba la cosa, sabia no tener derecho para ello, si no es que lo supiere tambien aquel que podia enajenarla y callase: en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y explica entenderse por presente, el dueño contra quien corre la prescripcion estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaría por la regla de los ausentes, y el otro por la de los presentes, segun la *ley 20. del mismo tit. 29.*

7 La posesion debe ser continua, *d. l. 9. tit. 29. l. 5. tit. 45. lib. 40. de la Nov. Rec.*, porque si llega á interrumpirse, ó bien naturalmente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente, porque se

(1) Princ. Inst. de usucap.

le emplaza ó pone demanda, de tal manera queda cortada la prescripcion, que debe empezarse de nuevo, *l. 29. d. tit. 29. l. 6. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Rec.* (1). Pero sigue la continuacion del antecesor en su sucesor tanto singular como universal, de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe; y de consiguiente si tú poseias una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me la vendes, poseyéndola con igual buena fe otro año, completaré su prescripcion, *l. 46. d. tit. 29.* : la cual estiende esta doctrina al caso en que poseyendo alguno cosa ajena, la empeñó, y dió al acreedor en prenda, pues entóncees puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo, se entiende para prescribir el dominio; pues para la posesion basta un año y un dia, en los términos que previene la *l. 3. d. tit. 8.*, esto es, que el que tiene por un año y un dia una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede escusarse de responder sobre la posesion. Es verdad habla la ley de las ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinion de Diego Pérez contra la de Azevedo en el comentario de *d. l. 3.*

8 El V. y último requisito para la prescripcion es, que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga impedimento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I. Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y el hombre libre, *l. 6. d. tit. 29.* (2). II. Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de las ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l. 7. d. tit. 29.* (3). III. Las forzadas ó robadas, *l. 4. d. tit. 29. l. 2. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Rec.* (4). IV. Las de los menores de 25 años, las de los hijos que están en la patria potestad, y las dotales (5), si no es que siendo el marido un pródigo callase la mujer, sin pedirle la restitucion de su dote, *l. 8. d. tit. 29.* Esta doctrina en cuanto á las cosas dotales debe entenderse cuando la dote fuese inestimada, porque siendo

(1) *L. pen. l. ult. C. de anal. except.* (2) § 1. *Inst. de usucap.*

(5) *L. 25. de sacros. ecclies.* (4) § 2. *Inst. de usucap.*

(3) *L. ult. C. in quib. caus. in int. l. 4. § 2. de anal. except. l. 4. de fund. dot.*

estimada, ya no son dotaes las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *lib. 4. tit. 5. n. 4.* Y en cuanto á los menores, tén-gase presente, y por repetido aquí, lo que dijimos en el *lib. 4. tit. 8. n. 3.*

9 Las cosas que están en el patrimonio de las ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *titulo antecedente, n. 4.,* se prescriben por el tiempo de cuarenta años, pero se puede pedir la restitucion *in integrum, d. l. 7.* Y lo mismo sucede en las raíces que pertenezcan á alguna iglesia ó lugar religioso; mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la iglesia romana, son menester ciento; *l. 26. d. tit. 29.* La jurisdiccion suprema, civil ó criminal, que compete al rey, no admite prescripcion alguna, aunque sea de tiempo immemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben ni las alcabalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los reyes, *l. 4. y 9. d. tit. l. 6. d. tit. 29. P. 3.* Pero segun *esta l. 4.* cualesquiera ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y cualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anexas y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion immemorial que sea probada, segun previene la *l. 4. tit. 17. lib. 40. de la Nov. Rec.* que esplicaremos hablando de los mayorazgos, diciendo tambien entónces qué prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion immemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando 40 años para la posesion, *l. 8. d. tit. 45.*

10 Hemos hablado hasta aquí de la prescripcion en cuanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque quando se refiere á las acciones, está tan léjos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion, como que produce á favor del prescribiente el cortar la accion, dándole una escepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella misma la escepcion; y con efecto las leyes romanas dan con frecuencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y

(1) L. pen. de except. l. 8. l. pen. et ult. c. eod.

en este sentido se toma en varias leyes del *tit. 8. lib. 11. de la Nov. Rec.* La 5.^a dice : *El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años , y la accion personal , y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años , y no ménos ; pero donde en la obligacion hay hipoteca , ó donde la obligacion es mista , personal y real , la deuda se prescriba por treinta años , y no ménos ; lo cual se guarde sin embargo de la ley del rey D. Alonso , que puso que la accion personal se prescribiese por diez años .* Y por quanto ni esta ley ni otra alguna de la Recopilacion habla de la prescripcion de la accion mere real , debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años que estableció la *ley 21. d. tit. 29. P. 3.* Pero debemos advertir con Antonio Gómez en el comentario de la *ley 63. de Toro*, que es la misma *5. d. tit. 8.*, entenderse esta doctrina de las acciones real y mista , cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion ; porque si no le faltó , adquirió su dominio , concluido el tiempo que hemos referido ser necesario ; y hecho ya dueño , cesa contra él toda accion. Azevedo esplica latamente esta *l. 6.*

41 Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes : I. La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II. La que compete á boticarios , joyeros y otros oficiales mecánicos , y á los especieros , confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer , por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas , y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos , y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió ; y para impedir esta prescripcion basta cualquier peticion de la deuda , aunque hubiese sido estrajudicial , *l. 40. tit. 44. lib. 40. de la Nov. Rec.* III. La que tienen los letrados , procuradores y solicitadores para pedir sus salarios , no habiéndose contestado sobre ello , ántes que hayan pasado los tres años , *ley 9. d. tit.* , la cual manda ademas , que no pueda renunciarse su contenido ; y que si se renunciare , no lo impida la renuncia.

42 La accion de un comunero de alguna herencia ó cualquiera otra cosa , para que se divida y se le de su parte ,

no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, *l. 2. tit. 8. lib. 44. de la Nov. Rec.* que así lo establece sin señalar la razon. Creemos puede serlo el que posee á nombre de todos los comuneros el que así posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion, que tambien es de ellos.

43 Pusimos arriba al *n. 6.* la definicion de la posesion, y de ella se infiere, que no pueden poseerse propiamente las servidumbres ni otras cosas incorporales; mas usando de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera de posesion, *l. 1. tit. 30. P. 3.*, en cuya *glosa 4.* añade Greg. Lóp. llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprende bajo la palabra *posesion*. Se divide la posesion en natural y civil. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como cuando uno está en su casa ó heredad: civil, cuando sale de la casa ó heredad, no con ánimo de desampararla, sino porque no puede estar siempre en ella; y vale tanto como la otra, *l. 2. d. tit. 30.*

44 Todo hombre sano de entendimiento puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, á escepcion de lo perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense, por razon del usufructo que le compete, *l. 3. d. tit. 30.* Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos, que tuvieren en guarda, y tambien el oficial ó síndico del comun de alguna ciudad, para dicho comun, como si todos comunalmente se hubiesen apoderado de la cosa, *l. 4. d. tit. 30.*

45 Para adquirir la posesion se requieren dos cosas: la una, voluntad é intencion de ganarla; y la otra entrar corporalmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir, que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradicion fugida ó presunta en los mismos términos que hemos explicado en el *titulo antecedente* al *n. 20.*, tratando de la adquisicion del dominio. De ellos nos traen algunos ejemplos las *leyes 6. 7. 8. y 9. de dicho*

tit. 30. y el de la 6. tiene la singularidad de ser sin tradicion de símbolo ó nota, y sin ficcion de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa, á voluntad del que la enajena, representándose con esto la verdadera tradicion: cuyo modo de adquirir es tambien estensivo al dominio, *junt. d. l. 6.* con la *47. tit. 28. P. 3.* (1). Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre la tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l. 22. tit. 29. l. 5. tit. 30. P. 3. l. 4. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Rec.* Y lo mismo debe decirse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (2). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al n. 6., *l. 40. d. tit. 30.* Aquella es derecha, que procede de título que por su naturaleza sea traslativo de dominio, *l. 41. d. tit. 30.* Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l. 5. d. tit. 30.* Pero advierte Gregor Lóp. en la *glosa 2. de la misma*, deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo.

46 Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos cuáles son aquellos por que se pierde. Trata de ellos la *ley 47. d. tit. 30.*, diciendo, que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raíces: I. Si echan de la cosa raíz al poseedor por fuerza. II. Si la entra otro alguno no estando él delante, y cuando viene despues no le recibe dentro de ella. III. Cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dejar en ella, ó le echarán de allí por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen (3). Pero debemos advertir, que el referir *esta ley* taxativamente los tres modos de perder alguno la posesion de las cosas raíces, diciendo: *Non pierde la tenencia de ella, si non por una*

(1) L. 4. § pen. l. 18. § 2. de adq. v. am. pos.

(2) L. 8. commod. v. cont. (3) L. 15. de adq. v. am. pos.

de estas tres maneras, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

47 Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raíces, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su acrecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l. 44. d. tit. 30.* Y adviértase, que segun la *ley 32. tit. 28. d. P. 3.*, esta doctrina tiene solamente lugar miéntras las tierras se halláren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas, como ántes lo hacíamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *l. 43. d. tit. 30.* Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l. 44.*; lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habiamos cogido, con la diferencia, que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l. 44. l. 48. d. tit. 30. l. 49. tit. 28. d. P. 3. (1).* Y que se pierde tambien la posesion desamparando la cosa el que la tenia, con ánimo de no tenerla, *l. 42. d. tit. 30.*, es cosa clara. Podríamos tratar aquí de las acciones ó juicios que llaman *interdictos*, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dejarlo para despues del título general de los juicios.

(1) § 12. Inst. de rer. div.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tít. 31. Partida 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre real ó predial, ó como se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe y á que se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufructo.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

1 Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el *título 4. de este lib. n. 40.*, pareció á los componedores del *libro de las Partidas* tratar de las servidumbres en el *título 31. de la Partida 3.*, despues de haber tratado en los dos *antecedentes* del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que há una casa en otra, y se llama *urbana*; y la otra la que há una heredad en otra, y se dice *rústica*. Las que son de este género se llaman *reales*, porque dicen respecto, y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas *personales*, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l. 4. tít. 31.*

(1) Tít. 3. 4. et 5. lib. 2. Inst.

P. 3. que luego explicaremos. Estas se espresan siempre con el nombre específico que tienen; de suerte que cuando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales, que tambien suelen llamarse prediales, por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios, uno dominante, por cuyo respecto y beneficio se constituye; y otro sirviente, que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituir las, á escepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el juez (1).

2 Servidumbres urbanas, que como acabamos de decir, son las que há una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l. 2. de d. tit. 31.* (2), y son : I. El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia. II. El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa. III. El mismo derecho para poner una ventana, que de luz á mi casa. IV. El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino, por canal, caño ó de otra manera. V. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes romanas llamaron á la I. de estas servidumbres *oneris ferendi*, á la II. *tigni immitendi*, á la III. *luminum*, á la IV. *stillicidii, vel fluminis avertendi*, á la V. *altius non tollendi* (3), y la VI. no la establecieron formalmente. Sus intérpretes dijeron haber entre la I. y la II. la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en cuanto al pilar ó columna: cuya diferencia adopta Gregor. Lóp. en la *glosa 2. de d. ley 2.*, diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres ménos frecuentes; y tambien manifiesta haberlas nuestra citada *ley 2.* diciendo al fin, despues de haber re-

(1) § 1. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (2) § 1. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (3) L. 23. § 3. fam. erse. l. 18. com. div.

ferido las espresadas : *O alguna otra semejante de estas que sea á pro de los edificios.*

3 Rústica servidumbre es, segun dijimos, aquella que há una heredad ó campo en otro, y son tambien muchas sus especies ; las mas frecuentes son las que se siguen (1) . I. Senda, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pié ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y no en par. II. Carrera, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III. Vía, esto es, derecho de ir por heredad ajena á la nuestra, á pié ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madero arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho piés en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura, *l. 5. d. tit. 31. P. 3. (2).*

4 IV. La que los romanos llamaron *aquæductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l. 4. d. tit. 31.* Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad ajena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, si no es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l. 5. d. tit. 31. (3).* V. El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias con que labro mi heredad, en prado ó dehesa de otro, *l. 6. d. tit. 31.* VII. El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ellas el aceite que recojo en la misma, *l. 7. d. tit. 31. (4).*

(1) Princ. eod. (2) L. 8. de serv. rust. præd. (3) L. 2. § de serv. rust. præd.

(4) § 2. Inst. eod.

5 Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l. 9. l. 43. d. tit. 31.* (1), reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l. 44. d. tit. 31.* Y si la heredad fuese común de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tan bien por su parte, como por la de los otros; mas si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *l. 40. d. tit. 31.* (2). Y lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante (3). Y adviértase, que las servidumbres son individuales, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni entre los del sirviente, que posean el predio; y de consiguiente se debe enterar á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, *l. 9. l. 48. d. tit. 31.*

6 La servidumbre es una cualidad tan inherente ó afixa á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamente en cuanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, si que pasa al nuevo poseedor, *l. 8. l. 42. d. tit. 31.* No podrá pues enajenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enajenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua que ya tuviere en su campo, á otro, para que este riegue la suya, *d. l. 42.*, y es la razon porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad ajena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7 Tres son las maneras de constituirse las servidumbres espresadas en la *ley 14. d. tit. 31.*: I. Por contrato ó concesion entre vivos. II. Por testamento ó última voluntad. III. Por el uso. De la I. y II. cualquiera puede formarse los ejemplos; y en cuanto á la III. debe advertirse, que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sir-

(1) *L. 2. § 5. de serv. rust. præd.* (2) *L. 44. eod.* (3) *§ 3. Inst. eod.*

viente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las discontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y las discontinuas por el inmemorial, *l. 15. de d. tit. 31.*, y allí Greg. Lóp. en su *glosa 3.*, el cual añade en la *glosa 12.* la limitacion de no deber entenderse esta doctrina cuando el que prescribe, tiene justo título por algun tercero, probando bien con las leyes romanas, é intérpretes de ellas, que entónces bastará el tiempo largo ú ordinario de 10 ó 20 años, y lo mismo advierte Antonio Góm. como cosa muy singular y cotidiana, *l. 2. cap. 15. n. 27. variar. vers. Advertendum.* Continuas decimos ser aquellas de que usamos cada día, como se explica *d. ley 15.*, poniendo por ejemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba *n. 2.* Y discontinuas, por lo contrario, las de que no usamos cada día, de las que pone tambien ejemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el *n. 3.*, y lo son asimismo las tres últimas que hemos explicado al *n. 4.* La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la *misma ley 15.* en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las discontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada día, da á entender manifiestamente, que en la primera habló de la que cada día viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gómez. *2. variar. cap. 15. n. 27. vers. Item.* que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I. y II. de las urbanas, arriba *n. 2.*, se empieza á contar desde el día en que se empieza su uso; pero en las negativas, cual es la V. de las mismas urbanas, desde que el prescribiente prohíbe al otro usar de la libertad. Si posees pues en frente de mi casa una área ó solar que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, si no es que habiéndolo querido hacer te lo impedí, y desde entónces hubiesen pasado 10 ó 20 años.

8 En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradicion; y bajo

de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gómez, *d. cap. 15. n. 27. vers. Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. Y añade allí mismo, que si el prescribiente apoyase su uso en título justo, bastaría su buena fe con el lapso del tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño, y lo mismo dice por vía de limitacion Greg. Lóp. en la *glosa 3. de d. l. 15.*, como sucederia si creyéndote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ó utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquiriria por el uso, aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de adquirir servidumbres por el uso, lo establecieron y fundaron muy bien las leyes romanas (1). Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gómez y Gregorio López en los lugares citados; y es muy conforme á lo que establecen de la prescripcion de las cosas corporales las *leyes 6. 9. y 18. tit. 29. P. 3.*, como hemos notado en el *título antecedente, n. 3.*

9 Son tambien varios los modos de perderse ó extinguirse las servidumbres. I. Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se estingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *l. 17. d. tit. 31.*, porque el hombre no usa de sus cosas á manera de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa, *l. 13. d. tit. 31.* II. Por la remision ó condonacion de la servidumbre que hace el dueño del campo á que se debe, *d. l. 17.* Y no es menester que la remision sea espresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciere alguna cosa que impedia su uso *l. 49. d. título 31. (2).*

40 III. Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de presentes y ausentes las descontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las

(1) L. ult. C. in fin. de præsc. long. temp. (2) L. 3. quem. serv. am.

descontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *l. 16. d. tit. 31.* Pero debemos advertir entenderse esta doctrina en las servidumbres rústicas; porque de las urbanas que se deben á los edificios, establece la *misma ley 16.* perderse por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, á buena fe, como por cerrar la ventana por donde entraba la luz, que es el ejemplo de que usa la *misma ley.* Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el otro que no la usó; lo contrario será, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños el predio que era comun, *l. 18. d. tit. 31.,* que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y en el segundo dos (4).

44 Servidumbres personales, que como dijimos arriba *n. 1.,* se suelen espresar con sus nombres específicos de *usufructo, uso y habitacion,* son las que se deben á las personas, sin respecto alguno á cosas. Es la principal y frecuentísima el usufructo, que no es otra cosa que *Derecho de usar de casas, tierras, ganados, ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos.* Pertencen pues al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propriamente frutos; ó cuando lo sean, son extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Los puede vender como quisiere; pero no podrá enajenar ni empeñar la misma cosa: ántes bien tiene obligacion de prestar la caucion dicha *fructuaria,* esto es, dar fiadores de que no se perderá ni empeorará la cosa por culpa suya; y cuando se acabe el usufructo, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, *l. 20. d. tit. 31.* Y ademas debe aliñarla y cuidarla bien, de manera que si fuere casa, ha de repararla y cuidarla que no caiga ni se empeore por su culpa, y si fuere heredad, labrarla y cultivarla bien,

(4) *L. 16. quemad. serv. amit.*

plantando cepas y árboles en lugar de los que se secaren. Y si fueren ovejas, y algunas se murieren, debe poner y criar en lugar de ellas otras tantas reses de sus hijos. Y tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos *l. 22. d. tit. 31. (1)*.

42 Los modos de constituirse el usufructo son los mismos tres que hemos explicado arriba *n. 7.* tratando de las servidumbres reales, *l. 14. l. 20. d. tit. 31.*, de suerte, que en esto no hay diferencia alguna entre unas y otras servidumbres: á escepcion del modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familias á favor del padre que le tiene en su poder, á beneficio de la *ley 45. tit. 47. P. 5. (2)*; cuyo usufructo da al padre otras prerogativas á mas de las que tienen los otros fructuarios, que pueden verse en Góm. en la *ley 6. de Toro nn. 41. y. 42. Castillo de usuf. cap. 3.* y otros muchos que cita; siendo una de ellas el no poder el hijo enajenar sin consentimiento del padre la propiedad que es suya, Góm. en el *n. 41. (3)*. Y véase lo que dijimos en el *tit. 7. lib. 4. n. 40.* Pero la hay en los modos de acabarse; porque ademas de extinguirse tambien, como las servidumbres reales, por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario; y por la remision; y en cuanto á no usarse por el tiempo de 10 años entre presentes, ó 20 entre ausentes; se acaba por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l. 24. d. tit. 31.* Y asimismo se acaba enajenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l. 24. l. 3. tit. 8. P. 5.* Los intérpretes para explicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario. El uno real ó de comodidad consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro personal inherente á su persona: de los cuales puede enajenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enajenar este, siempre se estingue y va á unirse con la propiedad. Que mandose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de

(1) *l. 7. l. 18. l. 65. de usuf. et quemad. (2) § 1. Inst. per quas pers. cuiq. adq. (3) l. ult. § 3. C. de bon. que lib.*

otra manera, se estingue tambien su usufructo, *l. 25. d. tit. 31. (1)*. Y si fuere dejado á alguna ciudad ó villa, sin espresion de tiempo, dura cien años (2), y pasados ellos se acaba, y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que habian en aquel usufructo, *l. 26. d. tit. 31*. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este; pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2. tit. 7. n. 16*.

13 La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es *Derecho de usar de cosa ajena fructífera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó despensa*. Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufructo, á escepcion de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia: y de abí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20. tit. 31. (3)*; y de consiguiente si muriere teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, y otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l. 21. d. tit. 31. (4)*. III. Que el usuario no debe pagar las espensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos sobre ella impuestos, si no es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (5). La tercera servidumbre personal que se llama habitacion ó morada, es *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere*. Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se estingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l. 27. d. tit. 31*.

(1) § 4. Inst. de usu et habit. (2) § 5. eod. (3) L. 18. de usuf. et quem.

(4) L. 5. § 2. quib. modis usuf. amit. (5) L. 66. de usuf. et quemad.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tít. 1. Partida 6. y tít. 18. lib. 40. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*
3. *Solemidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.*
4. *Solemidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego, y de los codicilos.*
5. *Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.*
6. *Otras divisiones de testamentos.*
7. *Los que no pueden ser testigos en ningun testamento.*
8. *Quiénes son los que solo están prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.*
9. *Quiénes tienen prohibicion de testar.*
10. 11. 12. 13. *Se puede dar á otro poder de testar, y lo que hay que advertir sobre el comisario.*
14. *Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.*

1 Los modos de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora á tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que *Universal patrimonio de alguno con sus cargas*. Su adquisicion consta de dos partes, delacion, y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le defiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella.

(1) Tít. 10. Lib. 2. Inst.

Se defiere por testamento, y faltando este, abintestato, *princ. y l. 3. tit. 13. P. 6. (1)*.

2 Testamento, dice la *ley 1. tit. 1. d. P. 6. es una de las cosas del mundo en que mas deben los homes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad, é la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos: y no es otra cosa, que Voluntad ordenada en que uno establece su heredero, ó departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l. 2. d. tit. 1.* Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos ó abiertos*, y los de la otra, *escritos ó cerrados, d. l. 1. y l. 1. y 2. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec. (2)*. Cada qual requiere sus solemnidades, que copiaremos de *estas leyes 1. y 2.* que las establecen, variando en parte las que habian establecido las *leyes 2. y 3. P. 6.*

3 Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde lo pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo ménos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, vale el tal testamento, *d. l. 1. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.*, la cual ordena valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento. Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro á quien sustituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario

(1) L. 1. cum duab. seqq. de her. pet. (2) § 14. Inst. de test. ord.

no quisiere aceptar, el sustituto ó sustitutos lo puedan hacer todo. Segun esta famosa ley, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia; cuya proposicion en el Derecho romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

4 En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la ley 2. tit. 8. 2. de d. tit. 18., que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiese firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo ménos, y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5 Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres leyes 1. y 2. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec. por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa esplicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen. I. Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre estraños, establecidas en dichas leyes; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Gómez en la ley 3. de Toro (es d. l. 2.) n. 48. II. Que la disposicion de d. l. 2. en cuanto dice, que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas, como lo estableció la ley 3. tit. 12. P. 6., y lo prueba lata y fundadamente Gregor. Lóp. en su glosa 2., y lo mismo siente Góm. en d. l. 3. de Toro, n. 69. III. Que asimismo, lo

que dice del testamento del ciego *d. l. 2.* se entiende del abierto, como que este no lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lóp. en *d. glosa 2.*, Gómez en *d. l. 3. n. 51.* y Azevedo en *d. l. 2. n. 25.* IV. Que nos parece bien por las buenas razones en que se funda, la opinión del mismo Azevedo en *d. l. 2. n. 25. y siguientes*, de ser necesario intervenga escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos, aunque Antonio Góm. en *d. l. 3. n. 52.* se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del escribano. V. Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados, porque *dichas leyes 1. y 2.*, que espresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Así lo prueba Antonio Gómez en dicha *ley 3. de Toro n. 29.*, cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria, que deliende Azevedo en *d. l. 1. n. 48. y siguientes*, y en *d. l. 2. n. 5.* VI. Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib. 2. tit. 40. §. 44. n. 6.* rechazamos con razones, al parecer de mucho peso, la opinión de Antonio Gómez en *d. l. 3. n. 47.* de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no interviniere escribano, pudiendo haberle; y en el *n. 7.* la del Señor Covar., que en el *cap. 40. de testament. n. 3.* pretende probar, que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6 Que ademas de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas frecuente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares, y la otra en los que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. *Pagánicos* se llaman los de los paisanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas *leyes 1. y 2. tit. 48. lib. 40. de la Nov. Rec.*, segun fueren abiertos ó cerrados. *Militares* son llamados los que hacen los soldados (las leyes de las Partidas les suelen apellidar *Caballeros*) estando en bueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exentos de toda solemnidad la *ley 4. tit. 4. P. 6.*, imitando en esto las leyes romanas (1); de suerte,

(1) Princ. Inst. de milit. testam.

que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y si no estaban en la hueste, debian testar como los paisanos. Pero en las *Ordenanzas generales del ejército*, artículo 4. *tratad. 8. tit. 11.*, y despues mas completamente en *cédula de 24 de octubre del año 1778, que es la ley 8. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.*, declara y manda el rey, que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de cualquier modo en que conste su voluntad. Y en cuanto á la otra division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del rey, en cuyo caso rarísimo valdria aunque no hubiese otro testigo sino el rey, *l. 5. d. tit. 1. P. 6.* El otro hecho con fe privada, es el que ordinariamente se hace.

7 Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y cuándo deban ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quiénes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden ser todos aquellos que no están prohibidos de serlo. Refiriendo pues los que lo están, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley 9. de d. tit. 1.* segun se sigue: I. Los condenados por cancionas injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los apóstotas, que habiendo dejado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mujeres. IV. Los menores de 14 años. V. Los esclavos. VI. Los mudos. VII. Los sordos. VIII. Los locos, mientras estuviesen en la locura. IX. Los pródigos (1). En los del n. I. juzga Gregor. Lóp. en la *glosa 2. de d. l. 9.* que se comprenden todos los infames con infamia de Derecho, de los que hablaremos en el *lib. 2. tit. 27.* Y en los del n. V. añade la misma *ley 9.* al verso *Pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazón, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque despues se averiguase ser esclavo (2).

8 Los testigos inhábiles que acabamos de referir, lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad abso-

(1) § 6. Inst. de test. ordin. (2) § 7. eod.

luta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen, hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l. 14. tit. 16. P. 3.*, que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l. 11. d. tit. 1. P. 6.* Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas, *d. l. 11. (1)*. Los demas pertenecientes á testigos en pleitos y contratos, los trataremos cuando hablemos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l. 13. d. tit. 1. P. 6.* Están prohibidos los siguientes: I. Los menores de 14 años si son varones, y de 12, si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (2). II. El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de la Partida al loco ó mentecato (3). III. El desgastador ó pródigo (4). IV. Los mudos ó sordos que no saben escribir ni pueden hablar, cuales son los que lo padecen desde su naciencia; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma, *d. l. 13.* V. Los religiosos profesos, *l. 17. d. tit. 1.*, y en su *glos. 1.* Greg. Lóp. [Segun el *art. 38 del decreto de las Cortes de 29 de julio de 1837* sobre estincion de regulares, gozan de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos, ó *ex-testamento*, ó abintestato, y de los demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y esclaustrados de ambos sexos, desde que salieron de los conventos, y las monjas que continúen en los que queden abiertos, desde el 8 de marzo de 1835.] Segun las leyes de las *Partidas*, tampoco podran testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que están bajo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley 3.*, y á los hijos la *4. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.*, bien que de los condenados, es-

(1) § 3. *cod.* (2) § 1. *Inst. quib. non est perm.* (3) *D. §. 1. (4) § 2. cod.*

ceptúa *d. l. 3.* los bienes que por razon del delito fueren confiscados ó se hubieren de confiscar á favor del rey ú otro. [Como esta pena de confiscacion no puede ya imponerse, segun el *art. 10. de la Constitucion de 1837*, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.]

40 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro : de cuyo asunto hablan la *ley 1. y siguientes del tit. 49. d. lib.* Se previene en *d. l. 1.* que el comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejorías del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion de cualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador : salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera : el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da poder por su nombre, á quien manda que el comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y nada mas.

41 Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos espresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento, puede el comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocare heredarle abintestato; y si parientes tales no tuviere el testador, estará obligado el comisario, dejando á la mujer del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l. 2. d. tit. 49.* El comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4 meses, si estuviere en la ciudad, villa ó lugar donde se le dio

el poder, al tiempo en que se le dió; y si entónces estaba ausente, pero dentro de los reinos de España, dentro de 6 meses; y si estuviere fuera de estos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos términos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos abintestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso deberá hacerlo; y si pasado el término no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l. 3. d. tit. 19.* Matienzo en esta *l. 7. glosa 2. n. 3.* citando á muchos, y Antonio Gómez en la *33. de Toro* (es la misma *ley 3.*) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

42 Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de este á sus herederos abintestato: los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y si no lo cumplieren dentro de un año, contándole desde la muerte del testador, podrá compelerles la justicia, á petición de cualquiera del pueblo, *l. 13. tit. 20.* Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, si no es que este le hubiese dado poder para mas, *l. 6. d. tit. 19.*

43 El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l. 4. d. tit. 19.*: ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, por mas que se reserve el poder revocar, añadir, menguar. ó hacer codicilo ó declaracion alguna, *l. 5. d. tit. 19.* Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, su derecho se funda en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la justicia para la decision, en los términos que refiere la

ley 7. d. tit. 19. Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l. 8. d. t. 19.*

14 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el juez, cualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l. 1. l. 2. tit. 2. P. 6.*, y añade Gregor. López en la *glosa 1. de d. l. 1.* citando á otros, que también puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l. 1. (1)*. Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del juez, debe pagar al que lo demandase, todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l. 2.* Y debe ser abierto delante del juez y los testigos que son escritos en él. Pero ántes que el juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto ante ellos y leído, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (2). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviere delante ninguno de los testigos ante quienes fué hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l. 3. d. tit. 2.*, la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna

(1) L. 3. C. quemad. test. aper. (2) L. 7. quemad. test. aper.

parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, l. 5. l. 6. d. tit. 2. De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente*.

TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*
4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién va la herencia cuando el testador instituye á los pobres.*
5. *En partes debe dividirse la herencia.*
6. *Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrecer entre los herederos.*
7. *Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.*
8. 9. 10. *Se esplican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
11. *Qué sea sustitucion, sus especies, y se explica la vulgar.*
12. 13. *De la sustitucion pupilar.*
14. *De la sustitucion ejemplar.*
15. *De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
16. *Del derecho de deliberar.*
17. 18. *Del inventario.*
19. 20. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
21. 22. 23. 24. *De las desheredaciones.*
25. 26. *Modos de romperse el testamento, y penas de los que impiden testar.*

(1) Tit. 43. 44. et 46. lib. 2. Inst.

27. *De los testamentos que se rescinden por la querrela de i. oficiosos.*

1 Aunque segun dijimos en el *título antecedente n. 3.*, no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es *Nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l. 4. tit. 3. P. 6.* Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, *l. 2. d. tit. 3.* : por lo que para saber quiénes puedan serlo, es lo mas espedito referir los prohibidos, y son : I. Los desterrados para siempre llamados en latin *deportati*. II. Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del rey; pero á estos se les puede legar. III. Los herejes y los apóstatas (1). IV. Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra Derecho y contra la voluntad del rey, *l. 4. d. tit. 3.* Y adviértase, que aunque *esta ley* no hace mencion de los moros ni de los judíos, están tambien prohibidos, como lo convence la *ley última tit. 7. d. P. 6. vers. Eso mesmo.* Por la *ley 4. d. tit. 3.* la mujer que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun extraño ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *l. 4. tit. 2. lib. 40. de la Nov. Rec.*, que concede licencia á todas las mujeres que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

2 A los que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos, porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á escepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes : I. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legitimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dejar dichos sus padres ó madres

(1) L. J. C. de apost. l. 4. C. de herej.

la quinta parte de sus bienes, *l. 5. y 7. tit. 20. lib. 40. de la Nov. Rec. (l. 9. l. 42. de Toro)*. Y si no tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legítimos, *d. l. 5. con la siguiente*. Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la sucesion de sus madres, salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dejarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entónces se dice dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre en la pena de muerte natural, *d. l. 5.* Pero de la sucesion del padre están los espurios tan escluidos, que solo les puede dejar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutiérrez, *lib. 3. pract. quæst. 94.* de la *ley 4. tit. 5. lib. 40. de la Nov. Rec. 11.* Los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, donaciones ó ventas que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l. 5. y su antecedente la 4.*, que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por clérigos deben entenderse aquí los ordenados de órden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l. 2.º nu. 3. y 4.* Y adviértase, que las *leyes 1. y 2. tit. 3. y 6. lib. 9. de la Nov. Rec.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley 4. tit. 5. P. 6. al fin*, bien que á Greg. Lóp. en la *glosa 44. de d. l. 4.* ya le pareció debía limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin espresar por quiénes.

3 IV. Nada pueden percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea clérigo ó religioso, ni sus parientes, ni su iglesia ó religion, segun el *auto acordado 3. tit. 40. lib. 5. de la Rec.*, confirmado por *cédula publicada en 18 de agosto de 1771.*, que es la *ley 15. tit. 20. lib. 40. de la Nov. Rec.*, en la que se añade la pena de privacion de oficio del escribano que autorizase cualesquiera instrumentos en su contravencion; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto acordado* la justa causa de

esta prohibicion de evitarse las persuasiones, sugerencias y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos, y se les trueca de voluntad. En esplicacion de lo que dice esta *cédula* sobre la nulidad del instrumento que declara, nos parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del confesor. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Así vemos que la *l. 8. tit. 7. P. 6. al fin.*, al paso de disponer que es nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin espresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en cuanto á la desheredacion; pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la *ley 8. tit. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. (24. de Toro)* que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni ménos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien así las leyes romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

[No siendo suficiente para remediar los fraudes que todavía se cometian, la *real cédula de 8 de agosto de 1774*, ántes citada, y con presencia de lo espuesto por los fiscales del estinguido Consejo de Castilla, en consulta de 12 marzo de 1830, se espidió la *real cédula de 30 de mayo del mismo*, por la que S. M. conformándose con el parecer del Consejo, tuvo á bien mandar, que la prohibicion de mandas contenida en la *ley 15. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.* se estienda á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos; mandando asimismo se llevase á efecto y circulase la soberana disposicion de su augusto Padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por via de mandas ó legados, señalen algunos sufragios, ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse estos á los confesores en la

(1) Authent. ex causa C. de liber. præf. desamp. ex Nov. 113. cap. 3. in fine.

última enfermedad, ni á sus parientes, y si fuesen religiosos ni á sus religiones ni conventos : debiendo en los casos que se contraviniere á esto, heredar lo así dejado los parientes que segun derecho sean herederos abintestato; y en su defecto será destinado todo á otras obras piadosas que señalarán las justicias, á quienes se encarga velen sobre este asunto, imponiendo privacion perpetua de oficio al escribano que autorice testamento ú otra última voluntad contra esta real disposicion.]

4 El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad cuál es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *l. 6. d. tit. 3. P. 6.*, que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (1). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que nombraba por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cuál de los dos quiso hablar ; é iria en este caso su herencia á los mas próximos parientes, que hubieren de suceder abintestato. Ni tampoco valdria, si el testador señalase al heredero por injurias ó dieterios especiales, como si dijere, nombre en heredero á Juan, que es traidor ó hereje para deshonorarle ó infamarle. Pero sí que valdria si en general dijese de él, que era malo, sin epresar la especie de maldad, *l. 10. d. tit. 3.* Y si instituyere herederos á los pobres de alguna ciudad ó villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los hospitales de aquella ciudad, y señaladamente entre aquellos que por sus achaques no puedensalir de los hospitales. Pero si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, *l. 20. d. tit. 3.*, en cuya *glosa 7.* dice Gregor. Lóp. deber entenderse en el caso que el testador tuviese allí su domicilio.

5 Cuando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere ; pero la comun ú ordinaria division es en 12 partes, que se suelen llamar onzas (2), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas proporciones iguales que ningun

(1) *L. 43. C. de testam.* (2) § 3. *Inst. de her. inst.*

otro. Al total de 12 onzas llaman las leyes romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium*, (1), cuyos nombres se espresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin espresion de partes. Si nombrara á varios, sin espresar partes en ninguno, todos las tendrían iguales; y si en todos las espresare, cada cual sacaría la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrían aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el *as*, y llenado ó excedido el *as*, lo que faltase hasta el dipondio, y con la misma regla hasta el tripondio (2). Si por ejemplo pues dijere el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3, Diego sea heredero; tendría este 5 que faltan para completar el *as*; y si al primero señalaba 8, al segundo 7, y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaría 9 que faltan hasta el dipondio; y por la misma razon tendría 12, si entre los otros dos tuviesen señaladas otras 12, como todo esto consta en las *leyes 17. 18. y 19. d. tit. 3.*, que en esto imitaron á las romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. Tambien las imitó la *ley 44. de dicho tit. 3.*, disponiendo que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debía este llevarse toda la herencia (3). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del Derecho romano, la consideramos corregida por la *ley 1. tit. 48. lib. 10. de la Nov. Rec.*, de la que hemos hablado en el *tit. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6 Entre las leyes romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno, parte testado, y parte intestado, á cuyo tenor decidian el caso último del *n. anterior*, y otros semejantes. Pero el de *d. célebre l. 1. tit. 48. lib. 10. de la Nov. Rec.*, que arriba hemos transcrito, *tit. antecedente, n. 3.*, convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.*, morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto,

(1) D. 53. 58. Inst. de her. inst. (2) 556. e. d. (3) L. 1. 54. de her. inst.

sin embargo de que lo prohibia la *ley 15. de d. tit. 3.* Este axioma, establecido formalmente en una ley de los romanos (1), les precisó á admitir el derecho de acrecer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doctrina tuvo lugar en España por la citada *ley 14. de d. tit. 3.*, hasta que la corrigió, como hemos dicho, la *l. 1. d. tit. y lib.* Diremos pues, consiguiente á esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrecer en las herencias; pero que tendrá lugar cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l. 1.* se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera que por la misma razon siempre lo ha tenido en los legados, cuando hay conjuncion real. Y segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia, ó son muchos los instituidos con partes espresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó abintestato los demas bienes vacantes ó partes de que no dispuso el testador. Véase á Vela, *disput. 47. n. 58.* Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos, ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrecer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

7 El testador puede instituir heredero, no solo puramente, ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien bajo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa que *Añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, ó se promete.* Su naturaleza es, que si se cumple ó sucede el acontecimiento, vale lo espresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y mientras se espera, está en pendencia, *l. 1. tit. 4. P. 4. (2).* Es muy frecuente su uso en testamentos y en contratos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo cual merece que se trate de ellas con

(1) L. 7. de div. reg. jur.

(2) L. 26 de cond. inst. l. 8. de per. et com. rei vend.

alguna estension. Sus divisiones son las siguientes : 1. En posibles é imposibles. Posibles son aquellas, que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen ; y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, ó por ser perplejas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijere : *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare al cielo con la mano*; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *l. 4. l. 3. tit. 4. P. 6. (1)*. Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celeberrimo jurisconsulto Papiniano (2), que nos ha parecido notarla aquí, á saber : *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas qua ofenden la piedad, existimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres*, como si uno dijera : *Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo, ó no le digres á comer*. Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno, ni sirven, pues se tienen por no puestas ; y el heredero ó legatario cogen lo que se les deja, como si se les hubiere dejado pura y simplemente, *d. l. 3*. Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados bajo de condiccion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes romanas (3). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que espresamente lo establezca, hemos querido notar aquí esta doctrina, por sentarla Greg. Lóp. en la *glosa de la ley 47. tit. 41. P. 5. Gómez. lib. 4. var. cap. 41. n. 60.*, y todos nuestros intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que así contraen se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse; cuya inteligencia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento, que se hace pensando en la muerte ; y por su favor se han constituido muchas cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplejas*, que ellas en sí mismas

(1) L. 15. de cond. inst. (2) D. l. 45. (3) § 40. Inst. de inut. stipul.

se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que quiere el testador, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dijeres: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro*, l. 5. d. tit. 4. P. 6. (1). Tambien hará nulo el testamento la condicion imposible de hecho, l. 4. d. tit. 4., que pone un ejemplo, sobre el cual puede verse la *glosa 4.* de esta *ley* de Gregorio López, y la 4. de la l. 6. tit. 4. P. 4., en que trata latísimamente de este asunto.

8 Dejando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, l. 2. d. tit. 4.; pasamos á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber, II. En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que están en nuestro poder, como si dijera Pedro, que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales las que penden de la casualidad ó aventura, como que te los legaba, si te hacian obispo. Y mezcladas ó mistas, las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro, ó de la casualidad, como que te los lega, si te casares con Fulgencia; lo que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concorra la de esta, l. 7. 8. y 9. de d. tit. 4. III. En espresas y tácitas. Son espresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los ejemplos que hemos referido; y tácitas las que así no se manifiestan; pero se entienden espresadas. De estas unas se sobreentienden, porque así lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion, *si nacieren*, l. 20. tit. 41. P. 5. (2). Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las espresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriere sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que

(1) L. 16. eod. cond. instit. (2) L. 7. § ult. de cond. et demonstr.

murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no espresó esta condicion (1). Lo contrario será si los instituidos son estraños, *l. 40. d. tit. 4. P. 6.* Y si uno fuese hijo, y el otro estraño, juzga muy bien Greg. Lóp. en la *glosa 13. de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. Y adviértase, que el dia incierto se considera condicion cuando se duda si existirá, ó no, como si el testador dijere: *Lego á Pedro cien pesos, quando le hicieren capitan, ó quando cumpliere 50 años, ley 31. tit. 9. P. 6. (2).* Pero si se sabe que existirá, ignorandose solo el cuándo, como el dia de la muerte, no hace condicion si se pone á la persona del interesado; y la hace si se pone á la de un estraño, como probamos en nuestras *Instituciones, lib. 2. tit. 14. §. 9. n. 5.* No encontramos tratada en las leyes de España la celebrísima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la sustitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las romanas. Si sucediese en España, nos inclinariamos á que deberia resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos quando la examinamos latamente en nuestro *Digesto, lib. 35. tit. 4. n. 4.* Y en los siguientes *nn. 5. 6. 7. 8. y 9.* esplicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del tiempo en que deben cumplirse las condiciones, que omitimos aquí por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la *ley 13. de d. tit. 4.*, estableciendo en el *vers. Pero*, que aquel á quien se deja algo bajo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese ántes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dejase de casar con la determinada persona (3), si no es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella segun Derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiera la tal persona, si que lo ganaria.

9 Quando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se deja, *l. 8. d. tit. 4.* Y lo mismo en las potestativas, si no es que su-

(1) *L. cum avus 102. eod. (2) L. 75. de cond. et dem. L. 21. cum. sec. quand. dies leg. eod. (3) L. 51. de cond. et demonstr.*

ceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, *l. 7. d. tit. 4. l. 22. tit. 9. P. 6.* Pero debe advertirse, que si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por ejemplo : *Legó á Pedro cien pesos si no fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores que los restituirá si fuese, *d. l. 7. (1)*, á cuya famosa caucion llamaron los romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los intérpretes tanto estraños como nuestros, y entre estos Gómez, *2. var. cap. 41. n. 37.* En nuestras *Instituciones, lib. 3. tit. 16. §. 4. n. 6.* notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l. 12. d. tit. 4.* Y quando instituye heredero bajo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las pone conjuntivamente, como si dijera : *Sea Pedro heredero, si se casare y fuere á Madrid*; pero si lo hace disyuntivamente diciendo, *ó va á Madrid*, lastará se cumpla cualquiera de ellas, *l. 13. d. tit. 4. (2)*.

40 Y últimamente concluyendo este asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica, y apoyada por nuestros autores, por útil al Estado, y conforme á las buenas costumbres, la doctrina de las leyes romanas (3), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse, cuando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere mujer; pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gómez, *in l. 4. Tauri n. 8.* Covar. Gutiér. y otros. Trataremos tambien con estension de ella en nuestro *Digesto, lib. 35. tit. 1. n. 11. y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos sacados de leyes romanas (4). De que sea nula la condicion de no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adyecciones ó espresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran, *miéntras se mantengan doncellas ó sin casarse*; porque no

(1) *l. 7. l. 8. eod.* (2) *§ 41. Inst. de her. inst.* (3) *l. 22. et passim, de cond. et demonstr.* (4) *l. 65. l. 64. § 4. de cond. et demonstr.*

respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorro á las hijas mientras estén destituidas del auxilio de marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion; lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adyecciones en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones, *Castill. lib. 4. controv. cap. 55. Parlador. differ. 147. Barbos. de dict. usufrequent. diction. Donec. 93. n. 4.*

11 En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en el grado siguiente, que se llaman sustitutos, y su institucion, sustitucion, que es *Institucion en segundo ó ulterior grado*. De ella pone seis especies la *ley 1. tit. 5. P. 6.* que iremos esplicando, y son: I. Vulgar. II. Pupilar. III. Ejemplar. IV. Compendiosa. V. Brevilocua ó recíproca. VI. Fideicomisaria. La V. no tanto es especie de sustitucion, como modo de sustituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de sustituir, como luego veremos. La vulgar, llamada así porque la puede hacer cualquiera del pueblo, y á quien quisiere, *l. 1. d. tit. 5.*, se hace regularmente por palabras negativas bajo esta fórmula: *Pedro sea heredero; si no fuere, séalo Juan*. Y por quanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l. 1. l. 2. d. tit. 5. (1)*, suelen esplicarlo los intérpretes diciendo, que el caso general de esta sustitucion comprende los particulares de impotencia y de voluntad. Se puede tambien hacer sin expresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dijera, que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por voluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo establece *d. l. 2.*, manifestando con ello, que bajo del caso de la impotencia se comprende el de la voluntad: lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas. Si el testador nombrara tres ó mas herederos señalando á cada uno partes, y sustituyéndoles vulgarmente entre sí, sin espresar partes en la sustitucion, y uno de ellos no fuese heredero; tendrian los otros

(1) *L. 3. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.*

su porcion vacante, segun las partes que tenian señaladas en la institucion, y no por partes iguales, *l. 3. d. tit. 5. (1)*, cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la sustitucion, que en la institucion, á uno mas y á otro ménos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la sustitucion vulgar hecha en estos términos de estar sustituidos entre sí los mismos instituidos, es la que se llama recíproca (2). Como para tener entrada el sustituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no la tendrá si este tomare la herencia, ó diciendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, *l. 4. d. tit. 5.*

42 Pupilar sustitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúbere, *l. 1. l. 5. d. tit. 5. (3)*. Y por cuanto esta *ley 5.* en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade, *é á los que descienden de ellos*; de suerte que segun ella podrian los abuelos sustituir pupilarmente á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues la *l. 3. tit. 5. lib. 40. de la Nov. Rec. (47. de Toro.)*, que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlo sus hijos en la del ábuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso poco frecuente podria servir la citada añadidura de *d. l. 5. de las Partidas*. La fórmula espresa y ordinaria de esta sustitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro*. Y tambien puede hacerse calladamente sin esta espresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de 14 años, y Pedro y Juan mis amigos; y cualquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo, l. 5. d. tit. 5.*, la cual establece asimismo, que bajo la sustitucion vulgar espresa se comprende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14 años si es varon, ó de 12 si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea *Pedro*, lo será tambien este en el caso de que habiéndolo sido el hijo, murió en la referida edad. Pero pone

(1) § 2. cod. (2) *L. 4. § 1. de vulg. et pup. subst.*

(3) *Pr. inst. de pup. subst.*

una escepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras ende*, en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad, el uno mayor de 14 años, y el otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entónces no sería el mayor sustituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la escepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales, y por lo mismo fué su voluntad, que el mayor solo recogiese á su favor la sustitucion vulgar del menor; puesto que este no podia recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener sustituto pupilar. Y que lo mismo sería si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño, aunque menor, por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entónces, muerto este en la edad pupilar, heredaría el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *l. 6. d. tit. 5.* (2). Y aunque esta ley exige en este caso, que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la *l. 1. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.*, segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el *tit. 4. de este lib. n. 3.*

13 Es efecto de la sustitucion pupilar, que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *l. 7. d. tit. 5.* (3), con total exclusion de la madre del pupilo, como espresamente lo establece la ley 42. *del mismo tit. 5. vers. E si aquel*, hablando de la pupilar comprendida en la compendiosa, y lo prueba Góm. 4. *variar. cap. 4. n. 7.* Y añade al *siguiente n. 8.* suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en textos del Derecho romano, que á nuestro dictámen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib. 2. tit. 46. n. 47. y siguientes.* Solo se exceptúa el sustituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogador, ó por su contempla-

(1) *l. 2. C. de impub. et al. subst.* (2) *l. 1. Inst. de pup. subst.* (3) *Pr. eod.*

cion, *l. 9. d. tit. 5. (1)*. La causa de haberse introducido esta sustitucion es, porque no pudiendo testar los que están en la edad pupilar, por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potestad están, *l. 44. d. tit. 5.* Y como esta es necesaria para su subsistencia, de ahí es, que siempre que cese, de cualquiera manera que sea, desfallece ó se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de edad pupilar, *l. 40. d. tit. 5.* Por esta misma ley no era admitido el sustituto pupilar, cuando el hijo instituido no queria la herencia de su padre. Pero por cuanto la famosa *ley 4. d. tit. 48.*, que acabamos de citar dispone, que si el heredero no admite la herencia, vale y debe observarse todo lo demas que se halla ordenado en el testamento, diremos que en este particular corrige á *d. l. 40.*

44 Ejemplar sustitucion se llama aquella, que hacen los padres ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura ó enajenacion de potencias que padece, establezco por heredero suyo ó en su lugar á Juan (2)*. Se llama así, por haberse introducido á ejemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *cuasi pupilar*. Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias: I. Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la ejemplar tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre (3); y es la razon, porque la ejemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II. Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos (4). III. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento *l. 44. d. tit. 5. (5)*. Y en el caso en que este despues de haber recobrado

(1) *L. 40. § 6. de vulg. et pup. subst. (2) § 1. Inst. de pup. subst. (3) L. 9. c. de impub. et al. subst. (4) D. 1. 9. (5) § 1. Inst. de pup. subst.*

el juicio lo volviese á perder, es cuestion si debe considerarse que dura ó se ha restablecido la sustitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el Sr. Covar. *in cap. Raynutius*. §. 6. n. 11. con la solidez que acostumbra, inclinándose á la media sentencia de que dura, si el intervalo del recobro es breve, y no si es largo lo que penderá del arbitrio del juez. A la misma se inclina Greg. Lóp. en la *glosa 9. de d. l. 11*. Y todos convienen, que puede darse sustituto ejemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los demas que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. *d. §. 6. n. 1*.

15 Compendiosa sustitucion, que segun dijimos arriba n. 8. mas es modo de sustituir, que propia especie de sustitucion distinta de las otras, es aquella *Que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes*, de suerte que comprende la vulgar, la pupilar y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como lo esplica Antonio Gómez, *4. rar. cap. 7. La ley 12. de d. tit. 5. P. 6.* pone su siguiente fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y cuando quier que él muera, sea su heredero Juan*. Si el heredero no fuese el hijo, debería omitirse su espresion. Tampoco es mas que modo de sustituir, la que se dice sustitucion *brevilocua, reciproca ó mutua*, la cual acontece cuando el testador dispone que sean sustitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos les estableciese herederos, diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos, y les establezco por sustitutos al uno del otro*. Así lo esplica la *ley 13. d. tit. 5.*, añadiendo, que hecha de esta manera contiene cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Greg. Lóp. en la *glosa 3. de d. l. 13.*, que el hablar esta de hijos así sustituidos, es por ejemplo, porque tambien puede tener lugar esta sustitucion en herederos estraños: bien que entónces no podia comprenderse la pupilar. Y últimamente sustitucion fideicomisaria es aquella en que el testador pone de algun modo en la fe del heredero que nombra, que restituya á otro la herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando, que restituya mi he-*

rencia á Juan. Y el heredero establecido de esta manera debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trebeliánica*, *l. 44. d. tit. 5. (1)*. Lo que añade al fin *esta ley*, que el heredero así instituido puede ser apremiado por el juez á que admita la herencia, está derogado por la célebre *ley 1. tit. 18. lib. 40. de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos citado, y dispone lo que dijimos arriba *tit. 4. n. 3.*

16 Como no sea justo que se precise á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dejan, sin examinar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas sus cargas que los bienes, á las que queda obligado por la admision de la herencia; se les concedió el derecho de deliberar, *pr. del tit. 6. P. 6. (2)*, que no es otra cosa, que *Facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechár la herencia.* Compete este derecho tanto á los herederos abintestato, como á los testamentarios. Y pueden pedir plazo para hacer uso de él al rey ó al juez del lugar donde es la mayor parte de la herencia del difunto, debiéndolo hacer ántes que se otorguen por herederos de palabra ó de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia para instruirse mejor de lo que les conviene, *l. 1. d. tit. 6. (3)*. El rey puede dar un año de plazo, y el juez nueve meses (4), cuyo término puede coartar hasta cien dias, si entendiere poder bastar estos. Y si acaso muriese el heredero ántes de haberse concluido el término que se le habia concedido, tendrá su heredero el que restare (5). Pero si falleciere despues de concluido el plazo, sin haber admitido la herencia, y fuese extraño, esto es, no descendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la cual el finado habia obtenido el término de deliberar. Mas si descendiese del testador que le habia dejado heredero, podria su heredero haber la herencia, aunque aquel á quien heredaba hubiese muerto despues del plazo que se le concedió, *l. 2. d. tit. 6. P. 6.*, la cual recomienda Gregor. Lóp. en su *glosa 10.* Despues de admitida la herencia, ya no la puede desamparar, *l. 18. d.*

(1) § 5. Inst. de fideicom. her. (2) L. 9. de jur. delib.

(3) L. 5. de adq. vel om. her. (4) L. ult. § 15. C. de jur. delib.

(5) L. 19. eod.

tit. 6. (1). Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enajenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia, sin preceder mandato del juez, dado por alguna justa razon, como seria para pagar el entierro del difunto, ú otras cosas precisas, que si no se hiciesen, tendrian daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *l. 3. d. tit. 6.*, que pone varios ejemplos (2). Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas cosas de ella, las debe restituir á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuántos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creído, estimando el juez segun su arbitrio, la suma en que debe jurar, *l. 4. d. tit. 6.*

47 Despues de establecido el derecho ó beneficio de deliberar, establecieron los romanos otro llamado del *inventario*, que ambos han sido adoptados por nuestras leyes. Inventario es *Escritura que se hace de los bienes del finado*, el cual es mas desembarazado y útil á los herederos, porque hecha esta escritura ó inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Y debe comenzarle dentro de 30 días desde que supiere que es heredero, y acabarle hasta tres meses. Pero si todos los bienes del difunto no estuviesen en un lugar, se le puede dar el plazo de un año, demas de los tres meses, para que pueda reconocerlos y ponerlos en la escritura. Esta escritura debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que estén presentes cuando se hiciere. Y si por ventura alguno de estos fuese en otra parte, ó estando en el lugar no quisiere ir cuando le llamaren, entónces debe hacerse la escritura ante tres testigos, que ademas de ser hombres de buena fama, conozcan al heredero ó herederos. Y al fin de la escritura debe el heredero escribir de su mano, que todos los bienes del testador están escritos en el inventario lealmente y sin ningun engaño. Y si no supiere escribir, debe rogar á un escribano público, que lo escriba en su lugar delante de dos testigos, *l. 5. d. tit. 6.* Gregor. Lóp. en la *glosa 8. de esta ley* juzga, que tambien deben ser citados los acreedores (3). Si los legatarios no hubiesen estado pre-

(1) § 3. Inst. de her. qual. (2) L. 5. l. 6. de jur. delib.

(3) L. ult. C. de. jur. delib.